

**JAIRO GILBERTO SCHÄFER**

**RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**FLORIANÓPOLIS**

**2000**

**JAIRO GILBERTO SCHÄFER**

**RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina.

**Orientador:** Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski.

Florianópolis

Dezembro 2000

Esta Dissertação foi julgada APTA para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação Sticto Sensu em Direito do CPGD da UFSC.



---

Professor Doutor **CHRISTIAN GUY CAUBET** – Coordenador do Curso



---

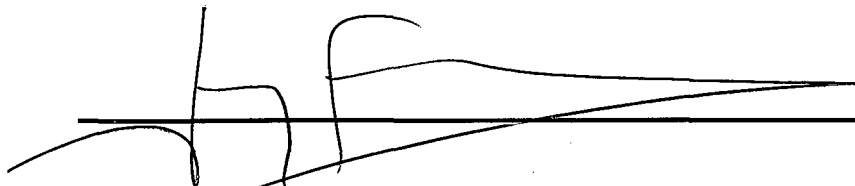
Professor Doutor **SÍLVIO DOBROWOLSKI** – Professor Orientador

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos professores:



---

Professor Doutor **SÍLVIO DOBROWOLSKI** – Presidente



---

Professor Doutor **JUAREZ FREITAS** – Membro Titular



---

Professor Doutor **WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO** – Membro Titular

Florianópolis (SC), dezembro de 2000.

*À Fabíola de Freitas Schäfer, sorriso que tornou  
mais amorosa a busca do objetivo.*

## AGRADECIMENTOS

*O presente trabalho acadêmico foi fruto de uma soma de motivações, incentivo, críticas, aconselhamentos, colaborações. Assim, minha mais profunda gratidão às seguintes pessoas:*

*Ao Professor Orientador, Doutor Sílvio Dobrowolski, exemplo de magistrado que foi e de pessoa que é, sempre atencioso e compreensivo na correção dos rumos da pesquisa;*

*Ao Doutorando Fábio Medina Osório, amigo que emprestou sua capacidade teórica à correção de alguns pontos da dissertação, indicando omissões cujo suprimento enriqueceu o trabalho;*

*À Gilvana Pires Fortkamp, Ivonete Silva de Almeida e Rosângela Alves, diligentes e atenciosas servidoras do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, reafirmando a crença na possibilidade de um serviço público eficiente e cumpridor de suas funções constitucionais*

*Aos meus pais, Agnes Beatris Schäfer e Orlando Schäfer, pelo legado de amor e perseverança.*

## SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
RESUMEN .....	viii
INTRODUÇÃO .....	01
<b>CAPÍTULO I – A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>05</b>
1.1. Caracterização e Conceito dos Direitos Fundamentais .....	05
1.2. Teoria dos Princípios Constitucionais .....	19
1.3. Direitos Fundamentais e Garantias dos Direitos Fundamentais .....	32
1.3.1. Conceito e diferenciação.....	32
1.3.2. A doutrina de Ruy Barbosa.....	34
1.3.3. Classificação das garantias dos direitos fundamentais .....	35
1.3.3.1. Garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais: conceito .....	36
1.3.3.2. Garantias judiciais dos direitos fundamentais (remédios constitucionais) .....	36
1.3.3.3. Garantias de eficácia dos direitos fundamentais.....	37
1.3.3.4. Garantia da divisão dos poderes (autonomia e independência do Poder Judiciário) .....	38
1.3.3.5. Garantia da superioridade da Constituição (controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativo).....	38
1.3.4. As garantias dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	39
1.3.4.1. Garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais .....	39
1.3.4.2. Garantias judiciais dos direitos fundamentais (remédios judiciais) .....	40
1.3.4.3. Garantias de eficácia dos direitos fundamentais.....	46
1.3.4.4. Garantia da divisão dos poderes (autonomia e independência do Poder Judiciário) .....	46
1.3.4.5. Garantias de superioridade da Constituição (controle de constitucionalidade das leis e atos normativos) .....	47
1.4. A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	49

<b>CAPÍTULO II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES .....</b>	<b>53</b>
2.1. Delimitação do Conceito de Restrição: A Possibilidade Teórica das Restrições a Direitos Fundamentais .....	53
2.1.1. O princípio da igualdade constitucional .....	60
2.2. A teoria dos Limites Imanentes: A Ponderação de Bens.....	69
2.3. Restrições a Direitos Fundamentais Expressas na Constituição .....	87
2.3.1. Restrições a direitos fundamentais diretamente constitucionais .....	88
2.3.2. Reserva de lei restritiva: restrições a direitos fundamentais através de lei infraconstitucional mediante expressa autorização da Constituição.....	94
2.3.3. Restrições a direitos fundamentais pelo Poder Judiciário com expressa autorização da Constituição .....	99
2.4. O Princípio da Proporcionalidade e as Normas Restritivas de Direitos Fundamentais..	101
2.4.1. Princípio da conformidade ou da adequação de meios.....	106
2.4.2. Princípio da necessidade .....	106
2.4.3. Princípio da proporcionalidade em sentido estrito .....	107
2.4.4. Relação do princípio da proporcionalidade com o princípio da constitucionalidade..	108
2.4.5. Críticas ao princípio da proporcionalidade .....	109
 <b>CAPÍTULO III – A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	 <b>113</b>
3.1. A Interpretação dos Preceitos Constitucionais.....	113
3.1.1. A interpretação constitucional e os direitos fundamentais.....	113
3.1.2. Máximas tópicas de interpretação constitucional.....	116
3.2. O Caráter Concretizador dos Direitos Fundamentais das Decisões Judiciais.....	119
3.2.1. O acesso à justiça.....	119
3.2.2. A federalização da jurisdição envolvendo direitos humanos.....	130
3.3. A Função Constitucional do Supremo Tribunal Federal .....	131
3.4. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e as Restrições a Direitos Fundamentais .....	134
 <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	 <b>147</b>
 <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	 <b>152</b>

## RESUMO

Esta dissertação, intitulada *Restrições a Direitos Fundamentais*, busca examinar aspectos doutrinários e jurisprudenciais das restrições a direitos fundamentais. Tem como objetivo geral examinar na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a questão envolvendo as restrições a direitos fundamentais.

Utilizando o método dedutivo, que consiste em “*estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral*”<sup>1</sup>, pretende fazer uma investigação cujo relato será dividido em três capítulos e nas considerações finais.

A partir do estudo da teoria dos direitos fundamentais, enfrentando-se as questões relativas à caracterização e conceituação desses direitos, busca precisar a possibilidade teórica das restrições aos direitos fundamentais, avaliando seus pressupostos doutrinários.

Em um terceiro momento, pretende buscar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a orientação do Poder Judiciário, através de seu Tribunal de Cúpula, no que se refere às restrições aos direitos fundamentais, estabelecendo a interligação entre a teoria e a concretização do direito pelo Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC, 1999, p. 83.



## RESUMEN

Esta memoria, intitulada *Restricciones a Derechos Fundamentales*, busca examinar aspectos doctrinarios y jurisprudenciales de las restricciones a derechos fundamentales. Tiene como objetivo general examinar en la doctrina y en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal la cuestión envolviendo las restricciones a derechos fundamentales.

Utilizando el método deductivo, que consiste en "*establecer una formulación general y, enseguida, buscar las partes del fenómeno de modo de sustentar la formación general*"<sup>1</sup>, pretende hacer una investigación cuyo relato será dividido en tres capítulos y en las condiciones finales.

A partir del estudio de la teoría de los derechos fundamentales, enfrentándose a cuestiones relativas a la caracterización y conceptualización de esos derechos, buscar precisar la posibilidad teórica de las restricciones a los derechos fundamentales, evaluando sus presupuestos doctrinarios.

En un tercer momento, pretende buscar en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal la orientación del Poder judicial, a través de su Tribunal de Cúpula, en lo que se refiere a las restricciones de los derechos fundamentales, estableciendo la interligación entre la teoría y la concretización del derecho por el Poder Judicial.

---

<sup>1</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Práctica de la investigación jurídica: ideas y herramientas útiles para el investigador del derecho*. Florianópolis: OAB/SC, 1999, p. 83.

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação, intitulada *Restrições a Direitos Fundamentais*, busca examinar aspectos doutrinários e jurisprudências das restrições a direitos fundamentais.

Justifica-se o presente trabalho em razão da grande importância assumida pela teoria dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática, a qual encobre uma estrutura complexa de normas, garantidoras de direitos subjetivos e impositivas de deveres objetivos<sup>1</sup>, cumprindo uma função de *direitos de defesa dos cidadãos* sob uma dupla perspectiva: a) constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, objetivando evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)<sup>2</sup>.

De outro lado, a garantia do acesso ao Poder Judiciário constitui-se em concretização do princípio estruturante do Estado de Direito, mostrando-se imprescindível a pesquisa envolvendo a solução concreta dos problemas referentes aos direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.532.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997. p. 541.

Conforme anota Gomes J. J. Canotilho<sup>3</sup>, a questão da limitação de direitos é uma das mais importantes e complexas do direito constitucional, pois os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impondo-se o estabelecimento de métodos que tenham por objetivo a resolução dessas situações conflituosas, com o objetivo de manter-se a eficácia das normas constitucionais.

O estudo teórico e jurisprudencial do tema *restrições a direitos fundamentais*, assim, assume importância indiscutível em uma sociedade democrática, verificando-se quais os limites impostos ao intérprete quando da restrição a um direito consagrado na Constituição, objetivando-se o não-aniquilamento das posições fundamentais.

Dessa forma, como objetivo geral da dissertação, pretende-se examinar na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a questão envolvendo as restrições a direitos fundamentais.

Utilizando o método dedutivo, que consiste em “*estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral*”<sup>4</sup>, pretende-se fazer uma investigação cujo relato será dividido em três capítulos e nas considerações finais.

No primeiro capítulo, será abordada a teoria dos direitos fundamentais, enfrentando-se as questões relativas à caracterização e conceituação desses direitos,

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 601.

<sup>4</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC, 1999, p. 83.

delimitando-se a idéia de direitos fundamentais enquanto limitadores da ação do poder estatal. A partir do estudo da evolução dos direitos fundamentais (as gerações dos direitos fundamentais), percebe-se que esta delimitação pode impor ao Estado tanto obrigações negativas (direitos fundamentais de primeira geração) quanto obrigações promocionais (direitos fundamentais de segunda geração). Igualmente será objeto desse capítulo a análise da teoria dos princípios constitucionais, concebendo-se os direitos fundamentais insertos em uma concepção principiológica de Constituição. A Constituição é norma jurídica fundamental, composta de princípios e regras. A diferenciação entre direitos fundamentais e suas garantias igualmente será enfrentada nesse capítulo, o qual será encerrado com o estudo de uma questão da maior importância, qual seja, a eficácia dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, será tratada a delicada questão das restrições aos direitos fundamentais, delimitando-se o conceito de restrição e a possibilidade teórica de sua existência. Em uma sociedade democrática e pluralista, a restrição a direitos é um fenômeno inafastável. Ora as restrições decorrem da teoria dos limites imanentes, aqueles limites que não se encontram expressamente previstos na Constituição, mas que se mostram presentes em virtude da busca de harmonização dos diversos direitos constitucionais, surgindo a necessidade da ponderação entre os bens juridicamente protegidos. Em outras situações, as restrições encontram-se expressamente previstas na Constituição (restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais), surgindo a questão referente ao controle da atividade do intérprete e do legislador infraconstitucional no exercício dessa atividade restritiva. Termina-se por analisar o princípio da proporcionalidade enquanto elemento eficaz de controle das restrições aos direitos fundamentais, inclusive estabelecendo a relação desse princípio com o princípio da razoabilidade.

O terceiro capítulo dedica-se a estabelecer uma ligação entre a teoria estudada nos capítulos anteriores e a concretização do direito através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir do conhecimento de precedentes judiciais procura-se verificar a compatibilidade entre a teoria e o que é decidido pelo Poder Judiciário. Quais os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para autorizar ou impedir restrições aos direitos fundamentais? Para embasar a solução dessas questões, inicia-se por um breve estudo da interpretação constitucional e, mais especificamente, da interpretação dos direitos fundamentais. Também é objeto de investigação a função do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal em nosso sistema constitucional. É possível atribuir ao Poder Judiciário um papel concretizador dos direitos fundamentais? A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referente às restrições aos direitos fundamentais, é conducente à conclusão de que o Poder Judiciário exerce um relevante papel de intermediação entre a Constituição e o destinatário do direito fundamental. Nesse capítulo serão analisadas diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, ligadas ao tema da dissertação, com o objetivo de concluir-se sobre a aplicabilidade concreta dos preceitos teóricos estudados.

Por último, as considerações finais tecem reflexões objetivando representar uma síntese da pesquisa e respostas às inquietações que motivaram a elaboração da presente dissertação, fundamentalmente no que se refere à interligação entre a teoria dos direitos fundamentais e a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

## **CAPÍTULO I:**

### **A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL**

#### **1.1. Caracterização e Conceito dos Direitos Fundamentais**

O estudo científico<sup>5</sup> dos direitos fundamentais deve principiar por uma questão necessária: o que é um direito fundamental? A busca de uma resposta adequada à indagação reclama uma abordagem das construções teóricas de importantes estudiosos do Direito Constitucional, objetivando-se o estabelecimento de paradigmas ao desenvolvimento do tema, não se constituindo em tarefa fácil, em virtude da inexistência de acordo sobre o assunto.

No que se refere à terminologia adotada no presente trabalho – direitos fundamentais – já se está a indicar uma opção delimitadora, pois há uma utilização indiscriminada de diversas expressões para caracterização de um mesmo fenômeno, o que

---

<sup>5</sup> Adota-se, por preciso, o conceito operacional proposto pelo Professor Doutor Cesar Luiz Pasold, em sua obra *Prática da pesquisa jurídica*. Florianópolis: OAB/SC editora, 1999, p. 70: “*Ciência jurídica é a atividade de investigação que tem como objeto o Direito, como objetivo principal a descrição e/ou análise do direito ou de fração temática dele, acionada metodologia que se compatibilize com o objeto e o objetivo e sob o compromisso da contribuição para a consecução da Justiça*”.

pode ser percebido na doutrina<sup>6</sup> e, até mesmo, no direito positivo<sup>7</sup>.

A expressão “*direitos fundamentais*” deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional estatal, enquanto que o termo “*direitos humanos*” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional (internacional)<sup>8</sup>.

Segundo ensinamento de Carl Schmitt<sup>9</sup>, os direitos fundamentais em sentido

---

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 514. O constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho utiliza a expressão “direitos humanos fundamentais” para a designação do fenômeno (*Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998). Antes dele, a expressão já era utilizada por Eduardo Espínola (*A nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 398), quando de seus comentários à Constituição de 1946. A. Sampaio Dória utilizava a expressão “direitos do homem”, os comentários à Constituição de 1946 (*Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 3º vol., 1960, p.590). Para Themistocles Brandão Cavalcanti: “direitos individuais” (*A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, vol. III, p. 60). Ainda no tempo do Brasil Imperial, refletindo a predominância do direito jusnaturalista, José Antonio Pimenta Bueno utilizava a expressão “Direitos individuais ou naturais” (*Direito Público e análise da Constituição do Império*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de documentação, 1958, p. 380). Pontes de Miranda, em seus comentários à Constituição de 1967, utilizava-se da expressão “direitos fundamentais”, já exteriorizando uma percepção aguda e inovadora do fenômeno constitucional (*Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, tomo IV. p. 625). Para Ruy Barbosa, “direitos individuais” é a expressão utilizada quando dos comentários à Constituição Federal Brasileira de 1891 (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934, vol. V, p. 185).

<sup>7</sup> A Constituição Federal de 1988 é um bom exemplo deste fenômeno: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI); e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV). Importante, nesse passo, é a disposição que consta no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, no sentido de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, determinando uma positividade jurídica estatal dos direitos humanos, podendo ser citado como exemplo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada ao Direito positivo nacional através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 199.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.31.

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 190.

próprio são, essencialmente, direitos do homem individual livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.

Para entender-se corretamente a posição de Carl Schmitt relativamente aos direitos fundamentais, mostra-se imprescindível trazer à colação o seu conceito de Constituição. Para o autor, toda teoria constitucional principia com aquela distinção entre Constituição e a lei da Constituição. A Constituição, na acepção positiva, emana de um ato do poder constituinte. A vontade política unitária existente é que se decide por uma Constituição, a qual é o princípio do Estado, a unidade política de um povo capaz de introduzir novas formas fundamentais de organização. Assim, a Constituição, decisão consciente, vale por força de uma vontade política que existe. As leis da Constituição valem por se fundamentarem na Constituição e têm por pressuposto essa Constituição. A Constituição, ao contrário, consiste exclusivamente na decisão global e fundamental acerca da espécie e da forma de unidade política<sup>10</sup>.

Aos critérios formais de conceituação dos direitos fundamentais (nomenclatura pela Constituição ou grau de imutabilidade ou dificuldade de mudanças futuras), Carl Schmitt propõe a formulação de um conceito material de direitos fundamentais: são direitos fundamentais somente aqueles que podem valer como anteriores e superiores ao Estado, aqueles que o Estado reconhece e protege como dados anteriores, traduzindo esferas de

---

<sup>10</sup> SCHMITT, Carl. op. cit., 1996, p. 23/24.



liberdade, das quais resultam direitos e, mais precisamente, direitos de defesa<sup>11</sup>.

Esta construção teórica de Carl Schmitt, embora constituir marco fundamental no estudo dos direitos fundamentais, por contrapor-se ao positivismo constitucional (conduzido às últimas conseqüências por Kelsen), externando a sua total incapacidade diante de uma realidade social dinâmica e transformadora, mostra-se insuficiente a um adequado estudo do Direito Constitucional moderno, por vincular excessivamente a Constituição a uma determinada concepção de Estado, gerando vulnerabilidade ao poder político, tendo por última conseqüência a dissolução da Constituição como base normativa de um Estado de Direito. De acordo com Paulo Bonavides, desmembrar a Constituição da norma, desvalorizando sua normatividade, sujeitando-a a um decisionismo político extremo, significa desfazer a juridicidade das Constituições, submetendo-a inteiramente ao valor do poder político<sup>12</sup>.

Em verdade, a teoria de Carl Schmitt, ao relevar a segundo plano a feição normativa da Constituição (a ponto de praticamente anulá-la), retira-lhe a própria essência garantidora dos direitos fundamentais: a vontade política vigente tudo pode diante da Constituição, ou, em outras palavras, a Constituição nada é diante da vontade política vigente, a qual não conhece limitações à imposição de seus valores às leis constitucionais.

Na concepção teórica de Jorge Miranda<sup>13</sup>, os direitos fundamentais são as

---

<sup>11</sup> SCHMITT, Carl. op. cit., 1996, p. 169.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 1997, p. 154.

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 7.

posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, tendo-se por pressuposto o princípio da universalidade, pois têm como destinatários todos quantos fazem parte da comunidade jurídico-política.

A proteção jurídica e o acesso ao direito pressupõem o conhecimento das posições jurídicas, pois só quem é detentor de conhecimento dos seus direitos “*tem consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou com a sua efectivação, assim como das desvantagens e dos prejuízos que sofre por não os poder exercer ou efectivar ou por eles serem violados*”<sup>14</sup>, concebendo o princípio da proporcionalidade enquanto limitador do poder político, instrumento de funcionalização de todas as atuações suscetíveis de contenderem com o exercício de direitos ou com a adstrição a deveres<sup>15</sup>.

Uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, para Gomes J. J. Canotilho, insinua uma aproximação com uma categoria dogmática, a partir de seus três sentidos: a) analítico; b) empírico; e c) normativo<sup>16</sup>, sendo que por direitos fundamentais entendem-se os direitos dos homens, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta<sup>17</sup>.

Nesse diapasão, a estrutura dos direitos fundamentais encobre uma estrutura

---

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit., 1993, p. 229.

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit., 1993, p. 216.

<sup>16</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1993, p. 496.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1993, p. 517.

complexa de normas, garantidoras de direitos subjetivos e impositivas de deveres objetivos<sup>18</sup>, cumprindo uma função de *direitos de defesa dos cidadãos* sob uma dupla perspectiva: a) constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)<sup>19</sup>.

Para Robert Alexy<sup>20</sup>, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais é uma teoria dogmática, uma vez que tem por objeto de estudo o direito positivo de uma determinada ordem jurídica, qualificada enquanto categoria teórica estrutural: investiga estruturas, tais como a dos conceitos dos direitos fundamentais, da influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico e da fundamentação dos direitos fundamentais, a partir de uma teoria integrativa<sup>21</sup>. Para o autor, sempre que alguém possui um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga este direito.

A adequada compreensão da posição de Robert Alexy passa pela análise das duas categorias de normas de direito fundamental por ele concebidas: as positivadas (estatuídas diretamente no Texto Constitucional) e as anexas (adscritas). Ou seja, às normas de direitos fundamentais diretamente previstas na Constituição estão relacionadas uma série

---

<sup>18</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1993, p. 532.

<sup>19</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1993, p. 541.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 29.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 39.

de normas de conteúdo diferenciado, residindo uma boa parte da problemática do estudo da teoria do direito fundamental em sua elucidação.

Para se declarar a validade de uma norma de direito fundamental diretamente estatuída, basta a referência a sua positivação, critério que não pode ser utilizado, por questão lógica, para legitimar as normas anexas. Para Robert Alexy, uma norma adscrita vale e é uma norma de direito fundamental estatuída se, para sua anexação a uma norma de direito fundamental estatuída diretamente, é possível dar uma fundamentação de direito fundamental correta<sup>22</sup>.

Os direitos fundamentais, então, são considerados como direitos subjetivos, ou seja, posições *jurídicas* ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado (reforçando o direito a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito).

Em Robert Alexy, portanto, rompendo com a concepção clássica liberal, na qual direitos fundamentais confundiam-se com direito à defesa do cidadão frente ao Estado, a base da teoria dos direitos fundamentais é uma tríplice divisão das respectivas posições: a) direito a algo; b) liberdades; c) competências<sup>23</sup>. Os direitos fundamentais a algo se diferenciam exclusivamente segundo o que representa o seu objeto: um, tem como objeto uma ação negativa (omissão); o outro, uma ação positiva (um fazer) do destinatário. A diferença entre ações negativas e positivas é o critério principal utilizado pelo autor para a divisão dos

---

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 71.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 186.

direitos a algo segundo seus objetos.

No âmbito dos direitos frente ao Estado, os direitos a ações negativas correspondem aos denominados 'direitos de defesa'. Já os direitos frente ao Estado a ações positivas coincidem parcialmente com os 'direitos a prestações'.

Assim, a estrutura dos direitos frente ao Estado ficaria desta forma estabelecida:

- I. **Direito a ações negativas (direitos de defesa):** a) direito ao não-impedimento de ações; b) direito à não-afetação de propriedades e situações; c) direito à não-eliminação de posições jurídicas.
  
- II. **Direitos a ações positivas:** a) direito a ações positivas fáticas (direitos à prestação); b) direito a ações positivas normativas. Os direitos à prestação, por seu turno, são divididos em três grupos: a) direito à proteção; b) direito à organização e procedimento; c) direitos à prestação em sentido estrito (**direitos sociais fundamentais**).

Para a teoria garantista, trabalhada por Luigi Ferrajoli<sup>24</sup>, os direitos fundamentais, em contraposição a todas as demais situações jurídicas, são aqueles direitos cuja garantia é igualmente necessária para satisfazer o valor das pessoas e para realizar a

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. 2. ed. Madrid: Editorial Trota, 1997, p. 908.

igualdade, os quais não são negociáveis e correspondem a todos e em igual medida, como pessoas e como cidadãos, estabelecendo uma relação bilateral entre igualdade jurídica e direitos fundamentais: não somente a igualdade é constitutiva dos direitos fundamentais como, também, os direitos fundamentais são constitutivos da igualdade, uma vez que a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos equivale a uma declaração constitucional dos deveres do Estado, o qual não é regido somente por normas negativas (“direitos de”), mas, igualmente, funcionalizado positivamente por obrigações de caráter positivo (“direitos a”)<sup>25</sup>.

Importante contribuição teórica decorre dos ensinamentos de Norberto Bobbio, para quem os direitos do homem constituem uma classe variável, cujo elenco modifica-se continuamente com a alteração das condições históricas determinantes, fator que demonstra a inexistência de direitos fundamentais por natureza. Nesta concepção, portanto, não é possível a confecção de um conceito de direitos fundamentais que não tenha por pressupostos a questão histórica<sup>26</sup>.

Nesse sentido, Paulo Bonavides, com a precisão que lhe é peculiar, sintetiza a evolução histórica e conceitual dos direitos fundamentais, ao estabelecer quatro categorias que lhe são aplicáveis:

- a) **Direitos fundamentais da primeira geração:** são os direitos da liberdade e têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado. Trata-

---

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit., 1997, p. 862.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19.

se de uma relação de exclusão, em que o Estado não pode interferir na situação jurídica do indivíduo;

b) **Direitos fundamentais de segunda geração:** são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, em que o Estado assume uma indiscutível função promocional, não mais sendo suficiente sua abstenção relativamente ao indivíduo, caracterizando-se com o advento do Estado Contemporâneo, este entendido como a formação política surgida na segunda década do presente século: em 1917, com a Constituição Mexicana, e, em 1919, com a Constituição de Weimar, cujo atributo principal é sua submissão à Sociedade<sup>27</sup>;

c) **Direitos fundamentais de terceira geração:** são os direitos da solidariedade humana, pois não se destinam a pessoas determinadas ou a grupos de pessoas, mas têm por destinatário toda a coletividade, em sua acepção difusa, como o direito à paz, ao meio-ambiente, ao patrimônio comum da humanidade;

d) **Direitos fundamentais de quarta geração:** globalização política na esfera da normatividade jurídica, correspondendo à derradeira fase de institucionalização do Estado social<sup>28</sup>, direitos cuja caracterização

---

<sup>27</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado Contemporâneo*. 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, p. 43.

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 1997, p. 516/531.

teórica ainda não se encontra adequadamente definida.

Elucidativo o acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no Mandado de Segurança nº 22164-0/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, oportunidade em que se decidiu sobre a constitucionalidade de decreto presidencial desapropriando imóvel rural situado no Pantanal Mato-Grossense para fins de reforma agrária, colhendo-se do voto proferido pelo Relator:

*“(...). Os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas.*

*“Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.*

*“Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RE 134.297 – SP, Rel. Min. Celso de Mello), de um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social (Celso Lafer, “A reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras”).*

*“Cumpre ter presente, bem por isso, a precisa lição ministrada por Paulo Bonavides (“Curso de Direito Constitucional”, p. 481, item n. 5, 4ª ed., 1993, Malheiros), verbis:*

*‘Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os*



*enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade' (grifei).*

*"Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de Segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (Celso Lafer, "Desafios: ética e política", p. 239, 1995, Siciliano).*

*"A preocupação com a preservação do meio ambiente – que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor de gerações futuras – tem constituído objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade.*

*"A questão do meio ambiente, hoje, especialmente em função da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro/92), passou a compor um dos tópicos mais expressivos da nova ordem internacional (Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, "O direito ambiental internacional", in Revista Forense 317/127), particularmente no ponto em que se reconheceu ao Homem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e de bem-estar. (...)" <sup>29</sup>.*

---

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 22164-0-SP, DJ. 17.11.95, Ementário nº 18.09.05.

Revistos tais pressupostos teóricos, já é tempo de construir-se um conceito de direito fundamental que servirá por paradigma ao enfrentamento do objeto da dissertação, não obstante o risco que se assume, considerando-se a absoluta falta de consenso sobre o assunto. É possível o estabelecimento de dois conceitos distintos de direitos fundamentais, dependendo da ótica de abordagem: a) conceito formal; b) conceito material.

Os direitos fundamentais em sentido formal podem ser identificados como aquelas posições jurídicas da pessoa humana – em suas diversas dimensões (individual, coletiva ou social) – que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais<sup>30</sup>.

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, exterioriza o entendimento segundo o qual, além do conceito formal de direitos fundamentais, há um conceito material, no sentido de que existem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao

---

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição. Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n. 131, jul./set. 1996, p. 5-30.

corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente do catálogo<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77/93, no que se refere à criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), reconheceu a possibilidade de existência de um direito fundamental que não se encontre relacionado no catálogo do Título II da Constituição Federal, adotando um critério material na sua conceituação

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário.

Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).

2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição);

2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.);

3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93).

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. ADIN-939/DF AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Publicação DJ DATA-18-03-94 P. 05165 EMENT VOL-01737-02 P. 00160. Julgamento 5/12/1993 - TRIBUNAL PLENO.

Em outra oportunidade, este entendimento da Suprema Corte foi reiterado, em acórdão assim ementado: "Tributo. Relação Jurídica Estado/Contribuinte – Pedra de toque. No embate diário Estado/Contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. *Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado*, exsurge a de que somente à lei complementar cabe 'a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes' – alínea 'a' do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988." (Recurso Extraordinário nº 172058-1, SC, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ. 13.10.95, Ementário nº 1804-8 – sem grifos no original).

## 1.2. Teoria dos Princípios Constitucionais

Na teoria constitucional os princípios traduzem tema da maior importância, por encerrarem poderoso instrumento de eficácia dos preceitos inseridos em uma Carta Política. A exata compreensão do que sejam princípios constitucionais é determinante para lhe conferir força normativa imediata, evoluindo-se de uma atribuição meramente programática, sem poder vinculatório inerente à norma jurídica, para um sistema em que se concebem os princípios como elementos integrantes do próprio conceito de norma.

Uma das mais relevantes contribuições a essa evolução do conceito de princípios constitucionais pode ser encontrada no sistema construído por Ronald Dworkin, para quem os princípios, por estarem incorporados ao conceito de direito, podem impor obrigação legal da mesma forma que aquelas estabelecidas pelas regras jurídicas.

Entende Ronald Dworkin que princípios, em seu sentido genérico, sejam o conjunto dos padrões que não constituam normas. Mais especificamente, para o autor, princípio é um modelo que deve ser observado, não porque favorece ou assegure uma situação econômica, política ou social que se considere desejável, senão porque é uma exigência da justiça, da equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>32</sup>.

Uma diferença fundamental entre normas e princípios é a dimensão de peso ou de importância que, existente nos princípios, falta nas normas<sup>33</sup>. Assim, as regras são

---

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989, p. 72/73.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 1989, p. 77.

aplicáveis à maneira de tudo ou nada: ou seus pressupostos encontram-se presentes, situação que determina a obediência à norma, ou seus pressupostos estão ausentes, ensejando a não aplicação da norma.

Na hipótese de haver um conflito entre normas, uma delas deve ser afastada, pois não pode haver duas normas válidas regulando a mesma situação. A decisão sobre qual norma deve ser afastada decorre da adoção, pelo sistema, de instrumentos de resolução de conflitos aparentes de normas, amplamente conhecidos no Direito Brasileiro, como o princípio da especialidade, por exemplo<sup>34</sup>.

Em Ronald Dworkin, regra e princípio jurídico têm em comum o caráter de generalidade, decorrendo que um princípio jurídico não é senão uma regra jurídica particularmente importante, em virtude das consequências práticas que dele decorrem. Porém, entre ambos não há apenas uma diferenciação de importância; mais do que isso: uma diferença de natureza. E isso porque a generalidade da regra jurídica é diversa da generalidade de um princípio jurídico. A regra regula uma situação específica e delimitada em seu corpo; o princípio, ao contrário, é geral por comportar uma série indefinida de aplicações.

Seguindo a mesma trilha, a teoria material dos direitos fundamentais formulada por Robert Alexy igualmente efetua a distinção entre regras e princípios, ambas as modalidades conjugadas no interior do conceito de norma.

Inicialmente, estabelece Robert Alexy que tanto as regras como os

---

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit., 1989, p. 78.

princípios são normas jurídicas, porque ambos dizem o que deve ser, ou seja, são razões para juízos concretos de dever *ser*, formuladas com a ajuda das expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição<sup>35</sup>. Assim, os princípios são retirados de uma esfera teórica meramente ilustrativo-programática e inseridos em um contexto normativo. Assim, a diferença entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.

Podem ser encontrados diversos critérios para a distinção entre regras e princípios, dentre os quais avulta o da generalidade, segundo o qual os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, enquanto que as regras são normas com baixo grau de generalidade. Assim, a diferenciação entre princípios e regras deve ser buscada diretamente no comando normativo: os princípios não têm preocupação ou vinculação com a concretude da relação jurídica, determinando seu grau de generalidade uma aplicabilidade mais difusa; as regras, ao contrário, possuem uma vocação ligada à regulamentação concreta e específica das relações jurídicas, afastando a generalidade de seus comandos.

Para Robert Alexy, ao contrário, entre regras e princípios não existe somente uma diferença gradual senão qualitativa, pois o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Para o autor, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das

---

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 83.

jurídicas: os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, não contendo mandados definitivos senão somente *prima facie*. As regras, por seu turno, são normas que somente podem ser cumpridas ou não, pois a aplicabilidade de uma regra somente pode ser afastada pelo critério da invalidade, pois elas contêm determinações possíveis de serem cumpridas, no âmbito do fato e no âmbito jurídico, traduzindo uma razão definitiva<sup>36</sup>.

Esta distinção proposta, ainda segundo Robert Alexy, fica evidente quando da solução dos conflitos de princípios e dos conflitos de regras: os conflitos de regras solucionam-se adequadamente quando inserida em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Se uma semelhante solução não for possível, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, com sua conseqüente eliminação do mundo jurídico, critério que não é graduável, pois ou uma norma vale ou não vale juridicamente, sendo irrelevantes apreciações quanto a sua validade social ou importância no interior do ordenamento jurídico<sup>37</sup>, aplicando-se, nesta hipótese, os preceitos conhecidos para a solução de conflitos de normas, como a “*lex posterior derogato legis prior*” e “*lex specialis derogato legi generali*”.

Diferentemente é a solução que se deve atribuir ao conflito de princípios, o qual não se estabelece no plano da validade (conflito de regras), mas na dimensão do peso. Ou seja, quando dois princípios jurídicos entram em colisão irreversível, um deles obrigatoriamente tem que ceder diante do outro, o que, porém, não significa que haja a necessidade de ser declarada a invalidade de um dos princípios, senão que sob determinadas

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 86/87.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 88.

condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso<sup>38</sup>.

Nesse sistema, embora a estreita vinculação (o cumprimento gradual dos princípios tem o seu equivalente na realização gradual dos valores), diferenciam-se, ainda, os princípios dos valores. O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, **prima facie** devido; aquilo que no modelo dos valores é definitivamente o melhor, no modelo dos princípios é o definitivamente devido. A diferença, pois, entre valores e princípios é, tão-somente, em virtude de seu caráter deontológico (princípios) e axiológico (valores).

Quando do julgamento do Habeas-corpus nº 68793-8, Rio de Janeiro, oportunidade em que se discutiu a compatibilidade dos artigos 8º e 10º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra do Ministro Moreira Alves, exteriorizou critérios a serem utilizados pelo intérprete quando da solução de antinomias entre regras jurídicas, orientando-se pela perspectiva da manutenção da regra interpretada:

*“Quando há o choque entre dois dispositivos de uma mesma lei, a antinomia não pode ser resolvida pelos critérios da hierarquia ou da sucessividade no tempo, porque esses critérios pressupõem a existência de duas leis diversas, uma hierarquicamente superior à outra, ou esta posterior à primeira. Nesse caso, que é o de mais difícil solução, o que é preciso verificar é se a antinomia entre os dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo é uma antinomia aparente, e, portanto, solúvel, ou se é uma antinomia real, e, conseqüentemente, insolúvel.*

*“A antinomia aparente é aquela que permite a conciliação entre os*

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 89.



dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina interpretação corretiva, ao passo que a antinomia real é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada interpretação ab-rogante, pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla).

“Dessas três soluções, a que deve ser preferida – só sendo afastável quando de forma alguma possa ser utilizada – é a interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei. Aludindo a essa interpretação corretiva, preleciona Norberto Bobbio (Teoria dell’Ordinamento Giuridico, p. 109/110, Giappichelli Editore, Torino, 1960):

‘Mas, como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem co-existir? É possível com uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a presumida incompatibilidade deriva de uma interpretação ou má ou unilateral e incompleta ou errada de uma das duas normas ou de todas as duas. O que tende o intérprete, comumente, não é já a eliminação das normas incompatíveis, mas antes a eliminação da incompatibilidade. Muitas vezes, para alcançar o escopo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso ocorre a forma de interpretação que se chama corretiva. Em geral, a interpretação corretiva é a forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservar ambas no sistema, isto é, para evitar o extremo remédio da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação corretiva é ab-rogante, embora limitadamente à parte da norma corrigida. Mais que contrapor a interpretação corretiva à ab-rogante, se deveria considerar a primeira como forma atenuada da segunda, no sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogante tem por efeito a eliminação total de uma norma (ou imediatamente de duas normas), a interpretação corretiva tem por efeito a eliminação puramente parcial de uma norma (ou de todas as duas). (...)’.

“Por isso, e tendo em vista ainda que para manter-se a coerência do sistema jurídico se deve infringir o menos possível a autoridade da lei, o mesmo Norberto Bobbio (op. cit., pág. 111) acentua que a interpretação corretiva é a mais seguida pelo intérprete:

‘O jurista e o juiz tendem, até onde é possível, à conservação das normas dadas. É certamente uma regra tradicional da interpretação jurídica que o sistema deve ser obtido com a menor perturbação, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve prejudicar o princípio de autoridade,

*segundo o qual as normas têm existência pelo só fato de terem sido postas' (...).*

*"Já no século passado, SAVIGNY (Sistema del diritto Romano Attuale, vol. I, trad. SCIALOJA, § 42, p. 268/269, Unione Tipografico-Editrice, torino, 1886), que foi o autor que mais profundamente tratou do problema das antinomias legais, salientava a esse respeito:*

*'É princípio supremo o de resolver, quando possível, a contradição demonstrando-a simplesmente aparente, ou seja, procurando colocar em harmonia as partes aparentemente contraditórias' (...).*

*"E, nesse século, Gavazzi (Delle Antinomie, p. 168/169, Giappichelli Editore, Torino, 1959), que dedicou a essa matéria ampla monografia, assim procurou explicar a razão por que normalmente a interpretação corretiva é preferida à interpretação ab-rogante:*

*'Duas me parecem as razões: uma primeira, objetiva, consiste no fato de que a interpretação corretiva pode bastar na maior parte dos casos, sendo as hipóteses de incompatibilidade parcial-parcial mais freqüentes que as de incompatibilidade total-total. Restam, porém, os casos de incompatibilidade parcial-total que podem conduzir seja à interpretação corretiva seja à ab-rogante.*

*'Aqui socorre uma segunda razão que decorre de uma ideologia que creio lícito chamar de conservação: melhor não mudar a lei, mas, se se deve mudar, mude-se o estritamente indispensável*

.....  
*'Disso é fácil inferir que, se a ab-rogação é o mal maior, a derrogação, ou correção, é o mal menor. Esta é de preferir-se àquela,...' (...)."<sup>39</sup>*

Igualmente, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 160486/SP, Rel. Min. Celso de Melo, tendo por objeto eventual incompatibilidade entre o artigo 33 da ADCT da Constituição Federal e suas disposições permanentes, ao tratar do pagamento através de precatório, o Supremo Tribunal Federal adotou um dos critérios válidos para a solução de conflito entre **regras jurídicas**, qual seja, o da especialidade. Do voto do Ministro Relator lê-se:

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Moreira Alves, Habeas Corpus nº 68793-8, RJ, DJ. 27.06.97, p. 30287.

*“Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico assentam-se na premissa fundamental de que este, ‘além de uma unidade, constitui também um sistema’ (Norberto Bobbio, ‘Teoria do Ordenamento Jurídico’, p. 71, 1989, Polis/Editora Unb), razão pela qual as normas que o compõem devem manter entre si um vínculo de essencial coerência.*

*“A concepção sistêmica do ordenamento jurídico impõe que se reconheça, desse modo, uma situação de coexistência harmoniosa entre as prescrições normativas que integram a estrutura em que ele se acha formalmente positivado.*

*“A relação de antinomia vislumbrada pelo acórdão impugnado constitui situação de conflituosidade meramente aparente.*

*“O vínculo de incongruência normativa, que foi destacado pelo Tribunal a quo, subsume-se, no caso, ao conceito teórico das antinomias solúveis ou aparentes, na medida em que a situação de antagonismo – proclamada na decisão ora impugnada – é facilmente dirimível pela aplicação do critério da especialidade.*

*“É preciso acentuar, neste ponto, que o Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado.*

*“Os preceitos do ADCT, na sua irrecusável condição de normas formalmente constitucionais, possuem, desse modo, na esfera hierárquico-normativa, o mesmo nível de eficácia e o mesmo grau de autoridade das demais regras positivadas no texto da própria Constituição Federal. Partilham, pois, da mesma natureza jurídica que se reconhece aos preceitos que integram a Lei Fundamental da República. Como consequência, as cláusulas normativas transitórias (a) tipificam-se pela nota da supremacia jurídica, (b) erigem-se como pressupostos de validade do próprio sistema de direito positivo e (c) conservam a mesma estabilidade normativa das prescrições inscritas na Carta Federal, razão pela qual a modificação das regras que compõem o ADCT sujeita-se à mesma disciplina ritual fixada para o procedimento de reforma das disposições constitucionais permanentes (Pontes de Miranda, ‘Comentários à Constituição de 1946, tomo VII/62, 3ª ed., 1960, Borsoi). (...)*

*“Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da plena constitucionalidade do preceito inscrito no art. 33 do ADCT, o qual, por também revestir-se de eficácia jurídico-constitucional, traduz mera exceção aos princípios e às normas gerais constantes da parte permanente da atual Constituição, não se achando, assim, em situação de antinomia real ou de conflituosidade insuperável com o texto da Carta Política (...).*

*“Na realidade, o preceito consubstanciado no art. 33 do ADCT – somente inaplicável aos créditos de natureza alimentar – compreende todos os precatórios judiciais pendentes de pagamento em 05/10/88, inclusive aqueles relativos a valores decorrentes de desapropriações efetivadas pelo Poder Público.”<sup>40</sup>*

Relativamente aos **princípios**, ao contrário, em virtude da dimensão de peso que lhes é inerente, a decisão que afastar determinado princípio em uma determinada situação não implica identificá-lo como ‘inválido’, mas, simplesmente, a conclusão sobre a maior importância de um determinado princípio naquele caso concreto, situação que poderá não se repetir em situações futuras: a ponderação entre todos os princípios envolvidos, com a eleição daquele com maior peso na situação específica.

O Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental nº 152676-0 – PR, Relator Ministro Maurício Corrêa, enfrentou a questão envolvendo a convivência de diversos princípios no sistema constitucional, decidindo-se que *“os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas*

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, RE 160486/SP, DJ 09.06.95, p. 17246.

*normas instrumentais.*”<sup>41</sup>

A ponderação concreta dos valores constitucionais, em se tratando de conflito entre princípios, constitui-se a forma adequada de solução da aparente antinomia, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 191532-3/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, quando se conheceu da constitucionalidade da revisão de tarifas referentes à concessão de serviço público municipal de transporte coletivo, assentando-se que *o reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um “complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do segmento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento”*<sup>42</sup> do concessionário.

Eros Roberto Grau, de forma precisa, concebe os princípios gerais do direito, estruturalmente, como normas jurídicas, decorrendo a conclusão de que norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios jurídicos<sup>43</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIMC – 1458/DF, Relator Ministro Celso de Mello, sufragou a idéia de ser a Constituição um sistema aberto formado por preceitos e princípios, ensejando uma eficácia vinculatória aos Poderes da

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Maurício Corrêa, Agravo Regimental nº 152676-0, PR, DJ 03.11.95, ementário nº 1807-02.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.08.97, Ementário 1880 – 05.

<sup>43</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 112.

República (força normativa), quando do julgamento de inconstitucionalidade por omissão em virtude do valor fixado pelo Poder Público para o salário mínimo:

*“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. (...). A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (sem grifos no original)<sup>44</sup>*

Dessa forma, concebe-se o direito como um sistema jurídico aberto de princípios e regras, pois “os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência” (Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello, RE 160486/SP)<sup>45</sup>.

Conceitualmente temos:

- a) Normas: O vocábulo ‘norma’ engloba a totalidade dos elementos que regulam juridicamente a conduta dos membros de um grupo, seja

---

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIMC – 1458- DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.96, p. 34531.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.06.95, p. 17246.

coletivamente, seja individualmente<sup>46</sup>; são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem<sup>47</sup>.

- b) Princípios: espécie de norma que constitui exigências de otimização, para que algo se realize, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, normas que não proíbem, não permitem nem exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’, porém impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática e juridicamente<sup>48</sup>.
- c) Regras: espécie de normas que prescreve imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida<sup>49</sup>.

À teoria “principlista” do Direito Constitucional contrapunham-se diversas críticas teóricas, dentre as quais se destacam: a) condução à perda da racionalidade e do nível

---

<sup>46</sup> GRAU, Eros Roberto. op. cit., 1997, p. 112.

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 84/85.

<sup>48</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1993, p. 1035.

<sup>49</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1993, p. 1035.

científico do Direito Constitucional, determinando a eliminação do próprio conteúdo de liberdade dos direitos fundamentais; b) aniquilação da característica garantidora dos direitos fundamentais, haja vista embasar-se no arbítrio judicial, com alta carga de subjetivismo.

Essas críticas são adequadamente enfrentadas por Robert Alexy, para quem a concepção de um sistema de princípios e regras, muito ao contrário, cria uma maior sujeição à Constituição do que o modelo puro de regras. A primeira objeção dogmática embasa-se no fato de que uma teoria dos valores envolvendo os direitos fundamentais conduziria a uma destruição da liberdade em seu sentido liberal, uma vez que a liberdade vinculada à Constituição seria substituída pela objetividade do valor. Em verdade, essa concepção seria adequada se a liberdade e o valor fossem duas coisas opostas, o que não corresponde à verdade, no momento em que a liberdade jurídica é ela própria um valor dentre vários outros<sup>50</sup>.

O princípio da liberdade jurídica exige uma situação de regulação jurídica na qual se ordene ou proíba o menos possível. A polêmica surge no momento em que se decide o que deve ser proibido ou o que deve ser permitido, referindo-se diretamente à questão do grau ótimo de realização do princípio da liberdade jurídica. Uma teoria principiológica dos direitos fundamentais permite a adoção de diferentes opções quando diante de direitos em oposição, obtendo-se a partir da ponderação a melhor solução para determinada situação. Assim, uma teoria de princípios/regras acaba por maximizar a liberdade jurídica, fornecendo um instrumental racional superior à teoria pura de regras.

---

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 170.



A segunda objeção (arbítrio judicial), da mesma forma, não se mostra suficiente a negar a validade de uma teoria constitucional de princípios e regras. A questão já é conhecida profundamente pelo direito brasileiro, uma vez que o princípio do convencimento racional do magistrado é amplamente aceito em nosso sistema jurídico, sendo, inclusive, imposição constitucional: a fundamentação dos atos judiciais (artigo 92, inciso IX, da Constituição Federal). A escolha, no caso concreto, entre uma das opções possíveis, com implementação de um mandado de otimização, é fruto de um processo racional, devendo o intérprete justificar logicamente a alternativa escolhida, fato que afasta o arbítrio ensejador do aniquilamento dos direitos de liberdade.

### **1.3. Direitos Fundamentais e Garantias dos Direitos Fundamentais**

#### **1.3.1. Conceito e diferenciação**

Utiliza-se a expressão “*garantias dos direitos fundamentais*” para significar os mecanismos jurídicos que dão estabilidade ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo.

Clássica e bem atual é a "contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime

constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.”<sup>51</sup>

Ou seja, o Texto Constitucional, pretendendo manter sua força normativa, estabelece institutos jurídicos cujos objetivos centram-se na proteção de seu núcleo essencial, meios através dos quais é possível tornar eficazes concretamente os direitos declarados em seu corpo, ou, ainda, proteção contra ataques à manutenção dos preceitos constitucionais. A esses instrumentos jurídicos é que se reserva a expressão 'garantias dos direitos fundamentais': de um lado, a declaração dos direitos; de outro lado, a estes ligados indissociavelmente, os mecanismos de sua proteção.

Segundo ensinamento de Carl Schmitt<sup>52</sup>, a garantia do direito fundamental dirige-se, com diferentes graus de eficácia, (1) aos órgãos governamentais competentes para revisar a Constituição, (2) aos órgãos competentes para editar as leis infraconstitucionais e (3) às demais autoridades do Estado, sobretudo àquelas integrantes do Poder Executivo, exteriorizando o efeito vinculatório complexo e totalizante que é característica desse instituto jurídico-constitucional.

---

<sup>51</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit., 1993, p. 88.

<sup>52</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 182.

### 1.3.2. A doutrina de Ruy Barbosa

A diferenciação proposta não passou despercebida ao gênio de Ruy Barbosa, ao estabelecer o caráter meramente *declaratório* das disposições que conferem direitos e a função *assecuratória* das garantias constitucionais. Pela preciosidade do ensinamento, merece o mestre transcrição:

*“Não se encontrará, na Constituição, parte, ou clausula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionaes’. Mas a acepção é obvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquellas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”*<sup>53</sup> ..

Em outro local<sup>54</sup>, o publicista da República demonstra a importância prática de se efetuar a diferenciação entre os direitos e suas garantias, quando combatia judicialmente ilegalidade cometida pelos governantes da época, na vigência de Estado de Sítio constitucional. Em suas alegações finais no processo judicial colhe-se:

*“Tudo o que, nestas disposições, se permite, pois, ao Congresso, consiste, no máximo, em ‘suspender as garantias constitucionais por tempo determinado’.*

*“Ora, uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança, política, ou judicial. Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a*

---

<sup>53</sup> BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. vol. V, São Paulo: Saraiva, 1934, p. 181.

<sup>54</sup> BARBOSA, Ruy. *Trabalhos Jurídicos – Obras seletas*. vol. XI, Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1962, p.130.

*sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As garantias constitucionais estricte sensu são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.*

*“O notável publicista argentino, que consagrou uma obra ex-professo às garantias constitucionais, frisa nitidamente a distinção entre estas e os direitos que elas se destinam a salvaguardar contra certos perigos. ‘Quando nossa Constituição se refere a direitos individuais’, diz ele, ‘nestes se compreendem todos os que constituem manifestações do indivíduo em si mesmo, nas relações com os demais indivíduos e nas modificações, que conservam, modificam, ou cream os bens; e, quando alude a garantias constitucionais, entendem-se as que protegem e amparam o exercício desses direitos.’. A discriminação é intuitiva.*

*“Noutro lugar torna ao assunto o eminente escritor: ‘Existem limitações aos direitos individuais; mas, para evitar os abusos, que, à sombra delas e por seu efeito, poderiam cometer-se, há também garantias, na mesma carta constitucional, que põem ao alcance de todos os prejudicados os meios de conseguir que o direito seja respeitado, e desapareça o abuso’.*

*“Um dos mais sábios expositores da teoria política na Europa, ATTILIO BRUNIALTI, professor de direito constitucional na universidade de Turim, indica, em livro aliás elementar, essa discriminação, que aqui parece esquecerem espíritos doutos, a quem não deve faltar a autoridade da ciência, para honrar a autoridade das funções. ‘As Constituições positivas’, escreve o ilustre catedrático, ‘não se limitam a declarar as várias liberdades; também se preocupam, com habilidade maior ou menor, de suas garantias, cometendo-as a instituições especiais, ou a preciosas sanções jurídicas.’*

*“(...) A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito ‘é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos’. Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil.”*

### **1.3.3. Classificação das garantias dos direitos fundamentais**

As garantias dos direitos fundamentais podem sofrer diversas classificações, dependendo dos preceitos teóricos utilizados pelo intérprete. Em sendo o objetivo a análise

contextualizada do fenômeno, para não perder sua acepção dogmática, a melhor classificação é aquela que se utiliza de cinco elementos caracterizadores, a saber: a) garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais; b) garantias judiciais (remédios constitucionais); c) garantias de eficácia dos direitos fundamentais; d) garantia da divisão dos poderes (autonomia e independência do Poder Judiciário); e) Garantia da superioridade da Constituição (controle judicial de constitucionalidade das leis).

#### 1.3.3.1. Garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais: conceito

Entendem-se por rigidez constitucional dos direitos fundamentais os preceitos inseridos no texto constitucional que protegem os direitos fundamentais da intervenção modificadora ou supressora do legislador constitucional futuro, limitando-lhe sobremaneira os poderes, criando um núcleo essencial intangível ou estabelecendo procedimentos diferenciatórios quando do processo de revisão. Para Carl Schmitt<sup>55</sup>, a reforma dificultada é uma característica formal da Constituição, exteriorizando uma garantia de duração e estabilidade. A garantia de rigidez constitucional, pois, caracteriza-se “pela inserção de determinados limites à atuação do poder público, das pessoas em geral e do legislador infraconstitucional no que se refere à proteção dos direitos fundamentais.”<sup>56</sup>

#### 1.3.3.2. Garantias judiciais dos direitos fundamentais (remédios constitucionais)

Os direitos fundamentais têm de receber, no Estado de Direito, proteção

---

<sup>55</sup> SCHMITT, Carl. op. cit., 1996, p. 41.

<sup>56</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *As garantias dos direitos fundamentais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v. 31, n. 122, mai./jul. 1994, p. 41/46.

jurisdicional. Só assim “*valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais.*”<sup>57</sup>

As garantias judiciais dos direitos fundamentais, também conhecidas por remédios constitucionais, permitem tornar concretos os direitos fundamentais, que se encontram tão-somente declarados no Texto Constitucional. A maior ou menor dificuldade no acesso ao Poder Judiciário para efetiva proteção dos direitos fundamentais, sem dúvida, é sinal de aprimoramento cultural de um povo, refletindo a intenção de materialização dos princípios norteadores da democracia.

Nesse passo, mostra-se de fundamental importância a questão atinente à morosidade da prestação jurisdicional, mal maior do Poder Judiciário, nas palavras do Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal<sup>58</sup>, sendo a solução do problema, através de busca de soluções concretas e efetivas, imperiosa para a plena eficácia dos direitos fundamentais<sup>59</sup>.

#### 1.3.3.3. Garantias de eficácia dos direitos fundamentais

São instrumentos de que se vale a Constituição para que seus preceitos

---

<sup>57</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit., 1993, p. 232.

<sup>58</sup> VELLOSO, Mario. *O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas.* Encarte da Revista In Verbis, Caderno de Estudos, Brasília: Instituto dos Magistrados Brasileiros, n. 10, março de 1998.

<sup>59</sup> Algumas soluções serão apontadas no capítulo terceiro, quando será abordada a questão do acesso à justiça.

normativos tenham a capacidade de efetuar alterações no mundo dos fatos, impedindo-se que os direitos fundamentais sejam meras peças decorativas.

#### 1.3.3.4. Garantia da divisão dos poderes (autonomia e independência do Poder Judiciário)

Cuida-se de uma das maiores garantias dos direitos fundamentais, pois é através da técnica da divisão dos poderes, encerrando uma decisão política fundamental de uma sociedade, que se concretizam os preceitos constitucionais, tratando-se de poderoso instrumento de controle do poder estatal, no momento em que possibilita a cada um dos Poderes da República o exercício pleno de suas atribuições constitucionais.

A autonomia do Poder Judiciário, mantendo-o longe de ingerências dos demais poderes, é imperativo em uma sociedade democrática, que pauta suas condutas pelos preceitos constitucionais. Aos juízes, órgãos do Poder Judiciário, devem ser atribuídas garantias, as quais tenham por destinatário em última instância a própria sociedade, que possibilitem o seguro e imparcial exercício da jurisdição.

#### 1.3.3.5. Garantia da superioridade da Constituição (controle judicial de constitucionalidade das leis)

São os instrumentos dos quais se vale a Constituição para manter a sua autoridade e eficácia no ordenamento jurídico estatal. Conforme ensinamento de Paulo Bonavides, as Constituições rígidas, das quais é exemplo a Constituição brasileira, demandam um processo especial de revisão, o qual lhes confere estabilidade superior àquela de que as

leis ordinárias desfrutam. Em virtude disso, compõe-se uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores. A consequência desse fato é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que transforma a Constituição na lei das leis, a mais alta expressão jurídica da nação<sup>60</sup>.

#### 1.3.4. As garantias dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

##### 1.3.4.1. Garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais

A Constituição brasileira, em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, criando expressamente um núcleo constitucional intangível pelo Constituinte Revisor.

Assim, no atual sistema constitucional brasileiro, os direitos fundamentais foram elencados à categoria de “*cláusulas pétreas*”<sup>61</sup>, cuja imunidade constitui um eficaz

---

<sup>60</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 1997, p. 267.

<sup>61</sup> A respeito das “cláusulas pétreas”, veja-se o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes, para quem “a aplicação dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade”. *Cláusulas pétreas ou garantias constitucionais?*. In.: Revista Consulex – ano I, nº 12, dezembro de 1997, p. 49. O grande questionamento feito pelos doutrinadores refere-se à possibilidade de uma geração vincular outra geração. Para Jorge Miranda, a questão é de fácil solução: tese da dupla revisão, de acordo com a qual as normas que prevêm os limites materiais explícitos à revisão constitucional, como normas de Direito Positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão, ficando, assim, aberto o caminho para, num momento posterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites. Ou seja, num primeiro momento anula-se a cláusula protetiva; num segundo momento, podem-se alterar as disposições que eram destinatárias dessa proteção especial. (*Manual de Direito Constitucional, Tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2 ed. 1988, p. 168). Por todos, a crítica à tese da dupla revisão formulada por CANOTILHO, em seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 945, para quem a supressão dos limites de revisão através da revisão pode ser um sério indício de fraude à Constituição. Importante contribuição encontra-se inserida no trabalho “*Significação e alcance das 'cláusulas pétreas'*”, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, In.: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 13:05/10.



instrumento de sua proteção. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, esta cláusula protetiva alcança inclusive aqueles direitos fundamentais que não se encontrem expressamente elencados no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, como, por exemplo, a garantia de anterioridade tributária, inserta no artigo 150 da Constituição Federal: a Corte Constitucional, ao apreciar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77/93, no que se refere à criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), reconheceu a possibilidade de existência de um direito fundamental que não se encontre relacionado no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, adotando um critério material na sua conceituação, consoante precedente anteriormente analisado.

#### 1.3.4.2. Garantias judiciais dos direitos fundamentais (remédios judiciais)

Inquestionavelmente, avanços foram introduzidos pela "Constituição Cidadã" ao tratar da defesa judicial dos direitos, criando institutos jurídicos antes inéditos em nosso sistema, sempre com a intenção de cercar os direitos fundamentais da mais ampla possibilidade protetiva, bem como instituindo mecanismos para tornar eficaz o direito diante da omissão do Poder Público:

- a) ***Garantia do acesso ao Poder Judiciário***: ao estabelecer a Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, com previsão da gratuidade do acesso (artigo 5º, inciso LXXIV) e dos institutos da substituição e da representação processual;

b) **Habeas corpus**: remédio jurídico atualmente utilizado para proteger a liberdade de locomoção. Interessante observar que o instituto do habeas corpus brasileiro apresenta uma evolução histórica que o singulariza definitivamente, a ponto de ser criada a chamada "doutrina brasileira" do habeas corpus. Com efeito, consoante ensina Seabra Fagundes<sup>62</sup>, a conceituação do habeas corpus, na Constituição brasileira de 1891, é expressa numa fórmula que não o vincula à proteção da liberdade de locomoção, mas, sim, genericamente, à proteção contra 'violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder'. O Supremo Tribunal Federal rende-se às postulações de Ruy Barbosa, "*expressivas daquilo que ele próprio denominaria, alhures, de 'contumácia da verdade', e tirará, do novo texto, ilações capazes de converterem o vetusto remédio do Direito britânico em instrumento de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder e, indiretamente, de defesa das próprias instituições republicanas*"<sup>63</sup>;

c) **Mandado de segurança**: o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal consagra este instituto: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". Direito líquido e certo, para fins de

---

<sup>62</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil Republicano*. Revista de Direito Público, São Paulo: RT, n. 23, jan./mar 1973, p. 103-111.

<sup>63</sup> FAGUNDES, M. Seabra. op. cit., 1973, p. 104.

Mandado de Segurança, "*pressupõe a demonstração de plano do alegado direito e a inexistência de incerteza a respeito dos fatos. Sustenta-se na incontestabilidade destes, verificando-se quando a regra jurídica, que incidir sobre fatos incontestáveis, configurar um direito da parte.*"<sup>64</sup>;

- d) **Mandado de segurança coletivo**: trata-se de umas das inovações da Constituição de 1988, sendo regulado o instituto no artigo 5º, inciso LXX: "O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados". Trata-se, segundo melhor doutrina<sup>65</sup>, de um instrumento coletivo de tutela de direitos individuais:

---

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 20-04-92. p. 05256.

<sup>65</sup> "Do mandado de segurança coletivo há quem pense tratar-se de instrumento para salvaguardar unicamente direitos coletivos e assim chegou a decidir o Superior Tribunal de Justiça. Há, por outro lado, quem sustente poder ele ser utilizado tanto em defesa de direitos coletivos, quanto de direitos individuais. E, finalmente, em terceira orientação, estão os que pensam tratar-se, simplesmente, de instrumento para defesa coletiva de direitos subjetivos individuais. Esse entendimento mereceu o aval importantíssimo do Supremo Tribunal Federal. Finalidade - defesa de direitos subjetivos individuais. Em verdade, para proteção de direitos coletivos ou mesmos difusos, desde que líquidos e certos, contra ato ou omissão de autoridade, não se fazia necessário modificar o perfil constitucional tradicional do mandado de segurança. Muito antes da Constituição de 1988, que criou o mandado de segurança coletivo, a jurisprudência já admitia, por exemplo, que Sindicatos ou a Ordem dos Advogados do Brasil impetrassem mandado de segurança - individual - para defender interesses gerais da classe, vale dizer, típicos direitos coletivos, pois que transindividuais, indivisíveis, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas. Tudo é apenas uma questão de legitimação: configurada lesão a direito difuso ou coletivo líquido e certo - e esta configuração certamente não é corriqueira - não haverá empecilho algum ao acesso dos legitimados à via mandamental tradicional. (...). Assim, a única novidade introduzida pelo constituinte de 1988 foi a de autorizar que o mandado de segurança possa ser utilizado por certas entidades para, na condição de substitutas processuais, buscarem tutela de um conjunto de direitos subjetivos de terceiros. O que há de novo, destarte, é apenas uma forma de defesa coletiva de direitos individuais e não uma forma de defesa de direitos coletivos." (ZAVASKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), São Paulo: AJUFE, n. 43, out./dez 1994, p. 24/36, p. 28).

*“O mandado de segurança protege direito individual. Não substitui a ação popular ou a ação civil pública. Naquele realça o interesse particular. Nestas, o interesse público; o postulante só reflexamente se beneficiará do que requer”<sup>66</sup>. O objeto do “mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.”<sup>67</sup>;*

- e) **Mandado de injunção:** instrumento constitucional conducente à eficácia plena dos direitos conferidos pela Constituição, previsto no artigo 5º, LXXI: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Não obstante a intenção da norma constitucional criadora do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, chamado a julgar a extensão do instituto, acabou por suprimir a sua utilidade prática, decidindo pela inviabilidade de o Poder Judiciário produzir, concretamente, a norma individual impeditiva do pleno gozo do direito concedido na Constituição Federal, apenas declarando a existência de mora legislativa, o que, por certo, não supre a pretensão

---

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ DATA: 05-02-90. p. 00447.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, MS 22132/RJ, DJ 18/11/96, p.39848.

do titular do direito: mandado de injunção é ação "*outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional*"<sup>68</sup>. Em sentido contrário, colhe-se o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso, para quem a Corte, ao julgar procedente o mandado de injunção, deverá elaborar a norma para o caso concreto<sup>69</sup>. Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, embora timidamente, evoluiu no conferir eficácia ao instrumento constitucional, decidindo-se que, embora não possa o Poder Judiciário desempenhar funções legislativas, a mora legislativa assegura aos "*impetrantes, 'desde logo', a*

---

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107-3-DF - Questão de Ordem -, Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>69</sup> VELLOSO, Mario. *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 174.

*possibilidade de ajuizarem 'imediatamente', nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor"* pelo preceito constitucional<sup>70</sup>;

- f) **Habeas data**: Inovação da Constituição de 1988, enunciada no artigo 5º, inciso LXXII: "Conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo";
- g) **Ação popular**: prevista no artigo 5º, LXXIII: "Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência". Trata-se de um típico instrumento de exercício da cidadania;
- h) **Ação civil pública**: consagrada no artigo 129, III, da Constituição: "Para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", destacando-se, em virtude de sua

---

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, MI 284/DF, DJ 26.06.92, p.10103.

importância concreta, a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública. Aliás, a ampliação e consolidação dos poderes do Ministério Público na utilização da ação civil pública é questão intimamente ligada à eficácia dos direitos fundamentais.

#### 1.3.4.3. Garantias de eficácia dos direitos fundamentais

- a) Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, consoante parágrafo 1º do artigo 5º, assim redigido: “As normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata”;
- b) Mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI);
- c) Ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, Constituição Federal): “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

#### 1.3.4.4. Garantia da divisão dos poderes (autonomia e independência do Poder Judiciário)

- a) A independência do Poder Judiciário é princípio fundamental da República, consoante disposto no artigo 2º;

- b) Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira (artigo 99);
- c) Os Juízes, em virtude da necessidade da autonomia do Poder Judiciário, gozam de garantias (que são, em verdade, dos cidadãos)<sup>71</sup>: vitaliciedade; inamovibilidade; irredutibilidade de vencimentos – artigo 95;
- d) Os Juízes de primeiro grau são escolhidos através de concurso público (art. 93, inciso I, da Constituição Federal);

#### 1.3.4.5. Garantia da superioridade da Constituição (controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos)

A Constituição do Brasil prevê, em matéria de controle de constitucionalidade, expressamente o sistema concentrado (artigo 102, inciso I, letra “a”), decorrendo do artigo 5º, XXXV, da CF, o sistema difuso. O sistema constitucional vigente, em sintonia com sua própria tradição, e guardando forte semelhança, nesse aspecto, com o esquema norte-americano, em que pese as substanciais diferenças culturais, sociais, econômicas dos respectivos contextos, consagra ao Poder Judiciário o **judicial control**, a capacidade de, em cada caso concreto, decidir e decretar a inconstitucionalidade das leis, decretos, regulamentos, atos dos Poderes Públicos e questões, em geral, submetidas ao seu

---

<sup>71</sup> Por questão meramente didática, inseriram-se as garantias dos juízes nesse tópico, qual seja, autonomia e independência do Poder Judiciário, embora sejam atributos que se refiram diretamente à independência dos juízes, necessária para sua posição de imparcialidade na condução e no julgamento do processo.



crivo, competendo-lhe, com exclusividade, o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos<sup>72</sup>.

Em virtude das características históricas (redemocratização do país) a Constituição Federal de 1988 dedicou-se com cuidado à defesa judicial dos direitos dos cidadãos (a chamada jurisdição constitucional), prevendo diversos institutos, antes inéditos no nosso sistema, para conferir efetividade aos direitos e garantias elencados pela Carta Magna (ressaltam-se o habeas data, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo). No que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, preservou a Constituição de 1988 o sistema misto, qual seja, conjugação do sistema americano (difuso) com o sistema austríaco (concentrado), ampliando-se, contudo, sobremaneira, a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade. O modelo concentrado de fiscalização da constitucionalidade das leis está previsto no artigo 102, I, 'a', da Constituição Federal, enquanto que o sistema difuso decorre da cláusula inserida em seu artigo 5º, XXXV.

Novidade teoricamente questionável restou inserida na Carta da República, através da Emenda Constitucional nº 3/93, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes*, vinculando todos os intérpretes da norma, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 04, uma vez que se está negando a presunção de legitimidade e de constitucionalidade da norma legal.

---

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Moreira Alves, ADIMC-221/DF, DJ 22/10/93, p. 22251.

#### 1.4. A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Consoante ensinamento de Norberto Bobbio, o constitucionalismo contemporâneo deve, necessariamente, evoluir de um quadro essencialmente teórico para uma postura de preocupação com a alteração concreta da realidade, pois o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los<sup>73</sup>.

Portanto, a questão jurídica hoje não é classificar os direitos fundamentais como absolutos ou relativos, mas sim discutir qual é a forma mais segura e eficiente de torná-los eficazes, impedindo as constantes violações dos direitos declarados em documentos internacionais e nacionais, assumindo importância capital a questão envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais, embora se deva ter cuidado na distinção entre a eficácia social da norma (alteração no plano dos fatos) e a eficácia jurídica da norma, a qual, consoante ensinamento que já se tornou clássico, de José Afonso da Silva, é a qualidade de “*produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita*”<sup>74</sup>, embora seja inegável a íntima conexão temática entre os dois conceitos.

Por outro lado, as noções de aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas as duas faces de uma mesma moeda, pois uma norma somente será eficaz (em sua acepção jurídica) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. Assim, na esteira do

---

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto. op. cit., 1992, p. 25.

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66.

ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, a referência ao termo “eficácia jurídica”, doravante, englobará a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada<sup>75</sup>.

A abordagem teórica do tema, envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais, necessariamente deve se fazer a partir da atenta interpretação do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, de acordo com o qual “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, tratando-se de opção do legislador constituinte de inegável importância histórica. A primeira questão que se coloca ao intérprete diz respeito à abrangência desta cláusula garantidora de eficácia jurídica, no que se refere aos direitos constitucionais destinatários. Que este preceito se aplique “*tão-somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como aparentemente quer fazer crer parte de nossa doutrina, constitui, por si só, conclusão que assume uma relevância não meramente secundária*”, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>76</sup>.

A segunda questão importante nos remete ao significado da norma de aplicabilidade imediata e da eficácia plena dos direitos fundamentais: todos os direitos fundamentais, mesmo aqueles que não receberam do Constituinte normatividade suficiente à concretização, dependentes de intervenção legislativa posterior, são auto-aplicáveis? A discussão ganhou relevância no direito brasileiro em virtude de a Constituição Federal de 1988 ter consagrado um extenso leque de direitos sociais, considerando-os todos direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata.

---

<sup>75</sup> SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 210.

<sup>76</sup> SARLET, Ingo. op. cit., 1998, p. 243.

O problema encontra solução adequada em uma concepção “principlista” do Direito Constitucional.

Com efeito, na Constituição Federal de 1988, no Capítulo que trata dos direitos fundamentais, encontramos normas que podem ser classificadas como princípios<sup>77</sup> ou como regras<sup>78</sup>. Quando se efetuou a distinção entre princípios e regras, constatou-se que o ponto decisivo é que princípios são normas que ordenam seja algo realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais (*reserva do possível*), traduzindo mandados de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das condições e possibilidades reais existentes em determinado momento histórico. Assim, a eficácia daqueles direitos fundamentais, caracterizados como princípios, está subordinada à denominada reserva do possível, por traduzirem mandados de otimização com força constitucional, traduzindo um dever dos poderes públicos de extraírem dessas normas a maior eficácia concreta possível. De outro lado, os direitos fundamentais caracterizados como regras constituem-se em ordem de execução e obediência vinculada, por serem concebidos no âmbito do possível jurídica e faticamente.

Na esteira do ensinamento de Ingo Jordan<sup>79</sup>, no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais, é inegável o cunho eminentemente principiológico da norma contida

---

<sup>77</sup> Alguns exemplos de princípios: a) art. 5º, inciso I; b) art. 5º, inciso IV; c) art. 5º, I; d) art. 5º, XIII, todos da Constituição Federal.

<sup>78</sup> Alguns exemplos de regras: a) art. 5º, inciso LXV; b) art. 5º, LXII; c) art. 5º, LXI; d) art. 5º, LIX,, todos da Constituição Federal.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo. op. cit., 1998, p. 373.

no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira, a qual impõe aos órgãos estatais e aos particulares que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais (mandado de otimização).

## **CAPÍTULO II:**

### **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES**

#### **2.1. Delimitação do Conceito de Restrição: A Possibilidade Teórica das Restrições a Direitos Fundamentais**

Conforme anota Gomes J. J. Canotilho<sup>80</sup>, o problema da limitação de direitos fundamentais é um dos mais importantes e complexos do direito constitucional, pois os direitos estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impondo-se, nesse caso, a ponderação de bens e direitos, tendo-se por objetivo a obtenção, se possível, de uma concordância prática entre os vários bens e direitos protegidos jurídico-constitucionalmente.

Por restrição de um direito fundamental entende-se a limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional, interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental que a norma visa proteger. O conceito de restrição a um direito fundamental, assim colocado, não apresenta maiores dificuldades teóricas, as quais devem ser buscadas quando da determinação do alcance permitido às restrições. Podem ser identificadas duas espécies de restrições: a) restrições **estrito senso**: restrições expressas na própria norma

---

<sup>80</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1993, p. 601.

constitucional ou veiculadas através da lei infraconstitucional mediante autorização da Constituição; b) **restrições imanentes**: restrições que, embora não estejam expressamente descritas na Constituição, decorrem da idéia de sistema constitucional, os denominados **limites imanentes** aos direitos fundamentais.

A concepção de restrição de um direito, a partir de uma teoria externa, adequada à concepção principiológica dos direitos fundamentais, sugere a suposição de que existem duas coisas distintas: o direito e suas restrições, estabelecendo-se entre estes dois elementos uma relação especial, qual seja, a da restrição. Esta relação não é indispensável à existência dos direitos fundamentais, mas decorre de uma necessidade externa ao direito, a de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos, como também os direitos individuais e dos bens coletivos, segundo Robert Alexy<sup>81</sup>.

Ou seja, *prima facie* os direitos fundamentais são dotados de cláusula de maximização, não lhe sendo intrínseca a possibilidade restritiva, a qual somente ocorrerá *a posteriori*, quando da compatibilização concreta dos diferentes direitos individuais e coletivos agasalhados pela Constituição.

É imprescindível que o operador judiciário conheça o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais. A admissibilidade teórica das restrições a direitos em um regime democrático é impositivo de caráter lógico, uma vez que a necessária convivência prática dos diversos direitos determina limitações recíprocas, evitando, com isso, que o exercício absoluto de pretensões possa gerar o próprio

---

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. op. cit., 1997, p. 268.

aniquilamento das esferas constitucionalmente protegidas.

Os direitos fundamentais, embora detentores da característica de imprescritibilidade, não são direitos absolutos, pois no ordenamento jurídico, como sistema que é<sup>82</sup>, todas as posições jurídicas são limitadas, por se encontrarem em relação próxima entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos.

Para Raquel Denize Stumm<sup>83</sup>, o procedimento de restrição dos direitos fundamentais deve atender a três momentos consecutivos: a) determinação do âmbito de proteção das normas constitucionais, oportunidade em que se procederá à verificação de quais os direitos protegidos e da extensão desta proteção constitucional; b) identificação do tipo, da natureza e da finalidade da medida legal restritiva; c) controle da restringibilidade admitida pela Constituição, uma vez que a intervenção restritiva do legislador somente se justifica quando houver confronto de, pelo menos, um valor constitucional e de um direito fundamental, decorrendo a exigência limitativa deste, o que somente poderá ser efetuado no caso concreto.

Cuida-se, neste caso, de um procedimento lógico a ser percorrido pelo intérprete quando a eventual restrição ao direito fundamental tiver por origem a legislação infraconstitucional, tendo-se de um lado o direito objeto da restrição e, de outro lado, com este não se confundindo, a norma restritiva. Nesta hipótese, inicialmente deve ser elucidado qual efetivamente é o âmbito de proteção da norma constitucional, objetivando-se afastar

---

<sup>82</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9 ed. Brasília: UnB, 1997, p. 71.

<sup>83</sup> STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 64.



aparentes restrições, operando-se, após, o controle da constitucionalidade da norma restritiva, perquirindo-se sobre sua finalidade e legitimação, de forma expressa, na Constituição.

Semelhante questão – da convivência/colisão de direitos – acentua-se progressivamente em uma sociedade pluralista e marcadamente conflituosa como a contemporânea. Conforme anota Octávio Ianni<sup>84</sup>, o mundo está sendo revolucionado, pois algumas transformações sociais, econômicas, políticas e culturais que estavam germinando desde o começo do século, aceleraram-se depois da Segunda Guerra Mundial e intensificaram-se ainda mais, desde 1985, a partir das reformas iniciadas por Gorbachev.

A modernidade, segundo Boaventura de Souza Santos<sup>85</sup>, confinou-nos numa ética individualista, uma micro-ética que nos impede de pedir, ou sequer pensar responsabilidades por acontecimentos globais, como a catástrofe nuclear ou ecológica, em que todos, mas ninguém individualizadamente, parecem poder ser responsabilizados. A inadequação de uma teoria tradicional dos direitos fundamentais reside justamente nesta questão: os direitos são considerados a partir de uma ética individualista, que está em choque com uma sociedade que exige uma macroética, na qual as responsabilidades e as relações mostram-se essencialmente coletivas.

Ou seja, os direitos e garantias individuais não mais podem ser apreciados a partir de uma esfera absoluta de titularidade individual, pois as ações da humanidade, bem como suas conseqüências, estão centradas na esfera do difuso, onde se mostra impossível a

---

<sup>84</sup> IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1996, p. 12.

<sup>85</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortêz, 1995, p. 91.

determinação específica das titularidades das pretensões: crimes da macrocriminalidade; invasão da privacidade através da Internet; agressões contra o meio-ambiente; criminalidade organizada internacional; catástrofes nucleares etc.

O cerne deixa de ser o direito individual-egoístico e passa a ser predominantemente coletivo – e difuso – onde a socialização e a coletivização têm papel fundamental, nas palavras de José Luis Bolzan de Moraes<sup>86</sup>, situação que inclusive gera uma profunda crise no positivismo jurídico dogmático, que se coloca afastado das “*práticas sociais cotidianas, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas, desprezando as emergentes manifestações extralegislativas*”, no ensinamento do Professor Antônio Carlos Wolkmer<sup>87</sup>.

E, neste processo de inclusão de novos direitos (direitos de segunda, terceira e quarta gerações), exteriorizando o aumento da complexidade social, a busca de satisfação das pretensões concretas passou a exigir um favorecimento de determinadas posições jurídicas em detrimento de outras.

A defesa dos direitos do cidadão em uma sociedade difusa somente é possível com o entendimento do que seja uma cidadania coletiva: as agressões contra posições jurídicas só podem ser entendidas e solucionadas de forma coletiva, uma vez que as consequências de muitas condutas somente assumem relevância histórica e social se

---

<sup>86</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 125.

<sup>87</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 66.

devidamente contextualizadas. Agressões ao meio-ambiente, por exemplo, nas quais se mostra impossível delimitar, de forma individualizada, os danos e os sujeitos passivos do fato, em virtude de sua natureza difusa, devendo imperar, portanto, na análise destes novos direitos, a ética da responsabilidade coletiva.

Para José Carlos Viera de Andrade<sup>88</sup>, além dos denominados “limites internos”, que resultam do conflito entre os valores que representam as diversas conotações da dignidade humana, os direitos fundamentais têm também limites “externos”, *“pois têm de conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, etc.”*.

A colisão entre direitos fundamentais pode ser percebida de duas maneiras<sup>89</sup>: a) colisão entre direitos fundamentais, na medida em que o exercício de um direito fundamental atenta contra o livre exercício de outro direito fundamental; b) colisão entre direitos fundamentais e valores constitucionais, visível quando o exercício de um direito fundamental colidir diretamente contra um bem do Estado protegido constitucionalmente (por exemplo: “meio ambiente” – art. 225 da Constituição Federal<sup>90</sup>, pode entrar em choque com o direito de propriedade; “ordem pública” – art. 136 da Constituição Federal<sup>91</sup>, pode

---

<sup>88</sup> ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 213.

<sup>89</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 135.

<sup>90</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

<sup>91</sup> “Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidade de grandes proporções na natureza”.

conflitar com o exercício de direitos fundamentais; “patrimônio cultural” – art. 216 da Constituição Federal<sup>92</sup>, poderá entrar em colisão com a livre utilização da propriedade privada).

Parâmetro importante encontra-se inserto no artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de acordo com o qual não só o indivíduo tem deveres para com a comunidade, como se prescreve que no exercício dos direitos e das liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela *“lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”*.<sup>93</sup>

Na alusão a *“justas exigências”*, constante no mencionado dispositivo de Direito Internacional, deve-se achar, nas palavras de Jorge Miranda<sup>94</sup>, um apelo a uma ponderação ética avaliadora dos preceitos de Direito positivo que, em nome do bem-estar, envolvam limites dos direitos fundamentais, envolvendo indiscutivelmente a idéia de proporcionalidade, em suas três vertentes de necessidade.

Por outro lado, a moral tem de ser entendida a partir de sua conotação pública, não se confundindo com a moral de determinados grupos sociais ou religiosos. A

---

<sup>92</sup> “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)”.

<sup>93</sup> DIREITOS HUMANOS. *Instrumentos Internacionais e documentos diversos*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1996, p. 135.

<sup>94</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit., 1993, p. 267.

moral pública, que tem por fim último o bem comum. Deve ser compreendida a “*ordem pública*” como sinônimo de ordem constitucional democrática, evitando-se, com isso, que a indeterminação do conceito possa, consoante diversas experiências históricas, ser utilizada para atacar os direitos fundamentais.

Assentada a possibilidade teórica das restrições aos direitos fundamentais, bem como tendo presente o caráter principiológico destes direitos, pode-se conceber uma estrutura restritiva que abarque a existência de dois fenômenos diversos: a) **restrições ou limites imanes**, que decorrem da convivência dos direitos e que, portanto, não se encontram expressos na Constituição, mas decorrem de uma interpretação sistêmica do Ordenamento Jurídico; b) **restrições ou limites expressos na Constituição**, englobando as restrições diretamente constitucionais (restrições previstas pela própria Constituição) e as restrições efetuadas pela legislação ordinária, com expressa autorização da Constituição (restrições indiretamente constitucionais).

### 2.1.1. O princípio da igualdade constitucional

Encontra-se no princípio da igualdade, uma das idéias principais do constitucionalismo moderno, a fonte primária legitimadora das restrições aos direitos fundamentais, uma vez que a convivência harmônica de diversas posições individuais e coletivas, inarredável em uma sociedade democrática, pressupõe o gozo racional impeditivo do aniquilamento dos direitos a cada um assegurados. O princípio da igualdade reclama a idéia de responsabilidade social e integrativa dos titulares de direitos. Todos os direitos constitucionais devem ser exercidos tendo-se por parâmetro delimitador o princípio da

igualdade.

Os direitos fundamentais, a partir de uma abordagem garantista, proposta por Sérgio Cadermartori, são aqueles direitos cuja garantia é igualmente necessária para satisfazer o valor das pessoas e para realizar a sua igualdade: igualdade formal ou política e igualdade substancial ou social. Com a normatização da igualdade formal, segundo o professor, “*parte-se do pressuposto de que os homens devem ser considerados como iguais (abstraindo suas diferenças pessoais, tais como, raça, sexo, etc.)*”. A igualdade substancial ou social determina que sejam levadas em consideração as diferenças sociais, devendo os homens serem igualados na medida do possível<sup>95</sup>.

San Tiago Dantas, em manifestação que já é um clássico do constitucionalismo brasileiro<sup>96</sup>, sustenta que os direitos fundamentais embasam-se no princípio da igualdade, o qual não nega as desigualdades na sociedade e na natureza, antes traduzindo um esforço para balanceá-las, compensando o jogo das inferioridades e superioridades de modo que elas não favoreçam também uma desigual proteção jurídica; por isso, a igualdade não é tratamento jurídico uniforme, mas o tratamento proporcional e compensatório de seres vários e desiguais. Exemplifica o mestre: a lei que regula questões ligadas à duração e à higiene ao trabalho dos homens, diferentes das que regem o trabalho das mulheres ou dos menores, é um exemplo de lei igualitária no sentido de igualdade proporcional.

---

<sup>95</sup> CARDERMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 166.

<sup>96</sup> DANTAS, San Tiago *Igualdade perante a lei e “due process of law”*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, abril 1948, p. 21-31, p. 30.

Para Fábio Konder Comparato<sup>97</sup>, a tradicional oposição levada a efeito pelo pensamento socialista (liberdades formais X liberdades materiais) encontra justamente na igualdade o seu principal ponto de confluência, pois as terríveis desigualdades quanto às condições sócio-econômicas básicas (educação, saúde, habitação, trabalho, previdência), às quais está submetida parte considerável da população mundial, acabam por indicar que o princípio da isonomia acabou sendo superado na prática. Nos Estados Unidos da América, prossegue o autor, a moderna técnica de correção das grandes desigualdades sociais foi operacionalizada por meio das *affirmative actions*, remédios judiciais através dos quais se compensou a fraqueza econômica e social das minorias raciais e culturais, mediante a garantia de certos privilégios – em matéria de emprego, público ou privado, ou de vagas reservadas nas escolas, Universidades e hospitais, por exemplo. Para o autor, o objeto da isonomia é a igualdade de normas, enquanto que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, as quais não só devem ser buscadas com a aplicação das normas jurídicas, mas, também, pela execução de políticas ou programas governamentais.

O conteúdo do princípio da igualdade foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 58/DF, através de seu órgão pleno, tendo por Relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello<sup>98</sup>, oportunidade em que ficou assentado que o princípio da isonomia, cuja observância vinculada, incondicionalmente, a todas as manifestações do Poder Público, deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade

---

<sup>97</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdade, desigualdades*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: RT, n. 1, p. 69-83.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça, 19/04/91, p. 4580, julgado em 14/12/90.

puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica.

A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.

Em outra oportunidade, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 154027/SP<sup>99</sup>, Relator Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal, através de sua Segunda Turma, decidindo questão relativa ao pagamento de taxa de limpeza pelo contribuinte, com concessão de prazos diferenciados tendo-se por pressuposto a condição financeira do responsável, decidiu que o princípio da igualdade tem sua realização efetivada no tratar iguais com igualdade e desiguais com desigualdade, assumindo o princípio da igualdade, em semelhantes condições, uma acepção material de alteração das relações econômicas e sociais.

Neste julgamento, assentou o Tribunal a concepção proporcional do princípio da igualdade, sendo sua aplicação um elemento para o balanceamento das relações sociais e jurídicas, impedindo-se que as desigualdades, por não terem um tratamento diferenciado e proporcional à desigualdade, traduzam uma efetiva desigualdade nas relações

---

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça, 20/02/98, p. 22, julgado em 25/11/97.



jurídicas. Ou seja, os destinatários dos direitos, a partir de uma acepção material, devem ser objeto de um tratamento isonômico tendente ao balanceamento das situações fáticas, situação que deve ser considerada pelo legislador (primeiro agente político vinculado ao princípio da igualdade) e pelo aplicador da norma.

Vejam-se, em nossa Constituição, alguns exemplos de tratamento desigual tendente a restabelecer a igualdade material: artigo 7º, inciso XX e inciso XXIII<sup>100</sup>; artigo 40, parágrafo primeiro, inciso III<sup>101</sup>, letras “a” e “b”.<sup>102</sup>

Percebe-se, a partir destes precedentes jurisprudenciais, que a busca da igualdade, característica dos direitos fundamentais de segunda geração, assenta-se na premissa promocional do Estado Contemporâneo: a busca do bem-estar social.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 161243/DF<sup>103</sup>, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do

---

<sup>100</sup> Art. 7º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição; (...). XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (...) XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

<sup>102</sup> Artigo 40: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”; (...) § 1º: “Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º; (...) XXX – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) 60 (sessenta) anos de idade e 35 (trinta e cinco) de contribuição, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) de contribuição, se mulher; b) 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”.

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça 19/12/97, p. 57, julgado em 29/10/96.

indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., fere o princípio constitucional da igualdade.

Cuidava-se de um recurso interposto por um trabalhador de uma empresa estrangeira no Brasil, o qual ambicionava lhe fossem aplicadas as vantagens do estatuto de pessoal da respectiva empresa. Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o estatuto do pessoal da empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa, tendo a Corte Constitucional brasileira entendido que semelhante cláusula mostra-se inconstitucional por ofensa ao princípio da igualdade.

Os reflexos do princípio da igualdade no devido processo penal foram assegurados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 21884/DF<sup>104</sup>, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, decidindo-se que acusação e defesa devem estar em igualdade de condições, não sendo agasalhável, constitucionalmente, interpretação de normas reveladoras da ordem jurídica que deságüe em tratamento preferencial, uma vez ser a “*par condicio*” inerente ao devido processo legal. Cuidava-se da interpretação do disposto no artigo 18, inciso I, alínea “a”, da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União)<sup>105</sup>, segundo o qual o membro do Ministério Público tem a prerrogativa de sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes de órgãos judiciários.

---

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão extraída da internet, site do Supremo Tribunal Federal: [www.stf.go.br](http://www.stf.go.br), não constando data de publicação, julgado em 17/05/94.

<sup>105</sup> Art. 18: “São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: I – institucionais: a) sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem”.

De acordo com o decidido, esta norma deve ser interpretada com base na cláusula do devido processo legal, por exibir o Ministério Público, no processo penal, o atributo de parte processual, devendo ser considerado em iguais condições com a contraparte no processo penal (réu/defesa), sendo que a interpretação gramatical e linear do mencionado dispositivo legal criaria em favor do Ministério Público um privilégio sem justificativa constitucional, ferindo de morte o princípio da igualdade.

Este posicionamento mostra-se extremamente adequado a uma concepção principiológica dos direitos fundamentais. Com efeito, todo e qualquer privilégio atribuído por lei a determinada pessoa ou instituição e que tenha por consequência a quebra do princípio isonômico somente se justifica quando tenha por escopo a proteção de um interesse público relevante (não se confundindo, nesse passo, “interesse público” com “interesse do órgão estatal”). Obviamente a regra questionada não possui nenhuma justificativa no interesse público suficiente para ensejar o tratamento desigual entre defesa e Ministério Público. A posição física dos operadores jurídicos na sala de audiência deve refletir a respectiva posição processual, não sendo adequado ao legislador atribuir a uma das partes uma postura que não é compatível com sua função. O paradigma de igualdade do Ministério Público, no processo penal, deve ser buscado na defesa, e não no magistrado que preside o feito, o qual tem a obrigação legal de tratar com imparcialidade as partes, atributo que evidentemente não se encontra nem no Ministério Público (no processo penal), nem na defesa.

Essa conclusão, todavia, não impede a concessão de privilégios às partes no processo penal, como, por exemplo, a intimação pessoal do defensor dativo e a intimação pessoal do Ministério Público, uma vez que estas situações encontram-se devidamente

embasadas no interesse público. Daí porque um tratamento aparentemente desigual, porém em realidade necessário para o fortalecimento do Ministério Público ou da defesa do réu, mostra-se adequado, desde que a circunstância de fato assim o justifique.

No plano do direito administrativo, o postulado constitucional do concurso público, traduzindo um dos elementos de integralização do princípio da isonomia, traduz-se na exigência inafastável de prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, para efeito de investidura em cargo público, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello<sup>106</sup>. Nesta oportunidade, entendeu-se ofensa ao princípio da igualdade a transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas, quando desacompanhadas de prévio concurso público. Também com base no mesmo princípio, que supõe igualdade de condições, o Excelso Pretório, no Recurso em Mandado de Segurança nº 6.380, afirmou caber o estabelecimento de remuneração superior para quem trabalha em situação de perigo, em condições de periculosidade<sup>107</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da constitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 208/98<sup>108</sup>, o qual regula o limite máximo para o

---

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 248/RJ, Diário da Justiça 08/04/94, p. 7222, julgado em 18/11/93.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Relator Ministro Luis Galloti. Ementário do STF vol. 379-01, p. 120, julgado em 19/01/1959.

<sup>108</sup> Art. 14 – “O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”

valor dos benefícios do regime geral de previdência social, por unanimidade, ao deferir o pedido, dando interpretação conforme a Constituição ao mencionado dispositivo, decidiu pela inaplicabilidade da restrição à licença maternidade a que se refere o artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal (licença gestante)<sup>109</sup>, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da referida licença. Fundamentou-se o julgado no disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal (cláusulas pétreas)<sup>110</sup>, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, e o disposto no artigo 7º, inciso XXX, também da Constituição Federal<sup>111</sup>.

A imputação da obrigação de custear a diferença dos salários acima de R\$ 1.200,00 ao empregador foi afastada pelo Tribunal, uma vez que semelhante interpretação propiciaria discriminação por motivo de sexo, ofendendo o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I, Constituição Federal<sup>112</sup>)<sup>113</sup>.

No âmbito do Direito Civil, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a

---

<sup>109</sup> “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

<sup>110</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

<sup>111</sup> “Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social... XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

<sup>112</sup> “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADInMC 1.946-DF, Relator Ministro. Sydney Sanches, julgado em 29.4.99, acórdão ainda não publicado.

norma do artigo 226, § 5º, da CF<sup>114</sup>, não revogou os dispositivos do Código Civil que prevêem o dever de mútua assistência dos cônjuges, que podem exigir, um do outro, os alimentos de que necessitem para subsistir, sufragando o julgamento um conceito material de igualdade constitucional, de acordo com o qual a igualdade é um conceito indeterminado que deve ser preenchido segundo as peculiaridades do caso concreto<sup>115</sup>.

No princípio da igualdade, portanto, a partir de sua conceituação material, é que deve ser buscada uma das principais fontes autorizadoras de uma teoria das restrições aos direitos fundamentais embasada não em um paradigma de exclusão, mas, sim, em um processo inclusivo de direitos. Com isso não se quer dizer que seja o princípio da igualdade a única base para tutelar toda essa nova realidade social com maiores e mais intensas restrições aos direitos fundamentais. O princípio da igualdade é uma das preciosas fontes de limitações a outros direitos fundamentais, até porque, em si mesma, a igualdade constitui um direito fundamental, podendo, pois, entrar em choque com outros, v.g., justiça, dignidade humana.

## **2.2. A Teoria dos Limites Imanentes: A Ponderação de Bens**

Os direitos constitucionais estabelecem entre si uma relação de convivência e de preservação do núcleo essencial, de modo a possibilitar o exercício harmônico e perene das diversas posições jurídicas criadas pela Constituição: o exercício absoluto de um direito

---

<sup>114</sup> Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE (AgRg) 218.461-SP, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 4.8.98, acórdão ainda não publicado.

não pode levar à anulação do exercício do mesmo ou de outros direitos por outros indivíduos ou pela coletividade, estabelecendo-se entre eles uma interligação institucional e prática (princípio da concordância prática) que reforça a característica da indivisibilidade dos direitos fundamentais, por traduzir a Constituição um vínculo de essencial unidade e coerência interna.

Da convivência entre os direitos – e da necessidade de sua concordância prática - é que decorre a primeira das hipóteses de restrição a direitos fundamentais, qual seja, a teoria dos limites imanentes. As restrições podem conduzir a dois grandes tipos ou razões de ser, no entender de Jorge Miranda: 1º) a conjugação dos direitos, liberdades e garantias entre si e com outros direitos fundamentais; 2º) a conjugação com princípios objetivos, institutos, interesses ou valores constitucionais de outra natureza<sup>116</sup>.

A colisão de direitos fundamentais, existente quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular, somente alcança adequada solução teórica a partir do profundo conhecimento, pelo intérprete, do âmbito de proteção das normas conflituosas. Deve-se, inicialmente, verificar a existência de uma limitação expressa na Constituição ou se a Constituição expressamente autoriza que a lei ordinária assim o faça (reserva de lei restritiva). Uma vez superada esta operação lógica (sem a identificação de qualquer espécie de restrição expressa) é que surge efetivamente uma colisão de direitos fundamentais, impondo-se a limitação de uma das posições jurídicas em benefício de outra.

---

<sup>116</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit., 1993, p. 301.

A concepção teórica dos limites imanes possui estreita ligação com o caráter de princípio dos direitos fundamentais: os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas, não contendo mandados definitivos senão somente *prima facie*.

Dessa idéia decorre que os direitos fundamentais, em sua maioria, não são previamente limitados (existência de uma norma restritiva), senão que as limitações decorrem de questões ligadas a aspectos externos a sua concepção original, em virtude da necessidade concreta e prática de convivência com outras esferas, individuais ou coletivas, constitucionalmente protegidas.

Para Raquel Denize Stumm<sup>117</sup>, as normas constitucionais encontram-se numa relação de interdependência, obrigando à compreensão de que a norma jurídica não pode, em nenhum caso, ser interpretada isoladamente, mas levando-se em consideração o contexto no qual se encontra inserida e sua ligação com as demais normas constitucionais. A Constituição deve ser interpretada como um todo, sendo que a contradição entre conteúdos não importa à eliminação de uma das normas, mas tão-somente à necessidade de harmonização concreta dos interesses.

Esta conclusão é importante consequência da adoção de um sistema de princípios e regras. Enquanto que a solução de um conflito entre regras jurídicas ocorre no plano da validade, através da pura e simples exclusão de uma das normas conflituosas, na

---

<sup>117</sup> STUMM, Raquel Denize. op. cit., 1995, p. 56.



forma de tudo ou nada (ou a regra jurídica possui validade ou não o possui; ou se aplica ou não se aplica), a resolução de antinomias de princípios ocorre em outra dimensão, qual seja, a do peso.

Quando dois princípios jurídicos entram em colisão irreversível, um deles obrigatoriamente tem que ceder diante do outro, o que, porém, não significa que haja a necessidade de ser declarada a invalidade de um dos princípios, senão que, sob determinadas condições, um princípio tem mais peso ou importância do que outro e, em outras circunstâncias, poderá suceder o inverso.

Em se tratando de restrições (limites) iminentes aos direitos fundamentais, a ponderação entre os bens em conflito é um método constitucionalmente adequado à preservação dos respectivos núcleos essenciais.

A ponderação de bens, no caso concreto, segundo Karl Larenz<sup>118</sup>, é um método de desenvolvimento do Direito que se presta a solucionar colisões de normas, bem como para delimitar as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito ficou em aberto, estabelecendo-se uma clara prevalência valorativa dos bens tutelados pela Constituição Federal, o que determina que a lesão de um bem não deve ir além do que é necessário ou, pelo menos, é 'defensável', em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico reconhecido como de grau superior<sup>119</sup> em determinada situação levada ao conhecimento do intérprete.

---

<sup>118</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p.501.

<sup>119</sup> LARENZ, Karl. op. cit., 1989, p. 500.

A idéia de ponderação surge sempre que houver a necessidade de escolher-se o direito adequado à solução de uma situação conflituosa entre bens constitucionalmente protegidos: os direitos fundamentais, em virtude da característica preponderante de interligação sistêmica, não raras vezes, entram em rota de colisão inevitável, percebendo-se que a fruição de uma posição jurídica acaba por invadir outra posição jurídica ou influenciar, negativa ou positivamente, a carga de eficácia de direitos individuais e/ou coletivos.

Este entrecruzamento de pretensões é que reclama a aplicação de método prático conciliatório, impedindo-se que a utilização extrema de um direito fundamental acabe por eliminar o mesmo ou outro direito fundamental relacionado a outro titular, exigindo do intérprete um balanceamento (ponderação) dos direitos conflituosos, tendo-se por paradigma os elementos típicos do caso concreto, estabelecendo, então, a melhor solução possível.

A ponderação entre os direitos em conflito implica primar o intérprete pela concordância prática destes mesmos direitos, situação que se mostra típica dos modos de solução dos conflitos entre princípios, os quais, como já se viu anteriormente, não se prestam a uma solução de “tudo ou nada”, mas remetem à aplicação de uma dimensão de peso, assentando-se que, sob determinadas condições, um princípio tem mais peso ou importância do que outro e, em outras circunstâncias, poderá suceder o inverso.

A ponderação ou o balanceamento de bens para a solução de conflitos de bens constitucionais, segundo Gomes J. J. Canotilho<sup>120</sup>, pressupõe a existência de, pelo

---

<sup>120</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p.1112.

menos, dois bens ou direitos cujos suportes fáticos e jurídicos se entrecruzem de modo a impedir a realização de seus objetivos em toda a sua intensidade. Ou seja, o intérprete depara-se com uma colisão entre dois ou mais direitos constitucionais, traduzindo uma impossibilidade de convivência em sua plenitude dos respectivos núcleos protegidos. Como segundo elemento para aplicação da ponderação, prossegue o mestre, é necessária a inexistência de norma abstrata prevendo a prevalência de um dos direitos em conflito, pois nesse caso o balanceamento e a opção sobre a ascendência hierárquica já foi resolvido pela própria norma constitucional.

Em havendo uma norma constitucional excepcionando a situação, ou seja, elegendo a supremacia de um direito sobre outro, na verdade não se pode mais falar em limitação a ser operada pelo intérprete, pois, nesta hipótese, é inaplicável a teoria da ponderação como sistema de solução de conflito entre princípios constitucionais. Por fim, são indispensáveis a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, tendo-se presente o princípio da segurança jurídica.

Ou seja, a fundamentação sobre a necessidade e a extensão dos limites a serem impostos a direitos fundamentais, bem como o resultado da aplicação da ponderação (elegendo-se o princípio de maior valor no caso concreto), é requisito inafastável, pois confere racionalidade ao método.

Esta terceira questão, a da necessidade de fundamentação (justificação e motivação da opção eleita para resolver o caso concreto), já é de há muito tempo conhecida pelo Direito brasileiro no que se refere à necessidade de serem as decisões judiciais

fundamentadas de modo racional, objetivando, com isso, possibilitar a plena defesa dos direitos dos litigantes. Somente tendo-se conhecimento dos elementos ensejadores de uma determinada decisão é que se podem utilizar os meios recursais inerentes ao devido processo legal, sendo imperativo de ordem constitucional (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal).

Esta solução tem recebido críticas, argumentando-se que uma teoria principiológica dos direitos fundamentais, relacionada à ponderação de bens no caso concreto, adentraria no campo puro do subjetivismo e decisionismo judiciais, pois cada magistrado efetuará a ponderação segundo suas convicções valorativas, gerando uma variação de posições incontrolável no que se refere às restrições aos direitos fundamentais, somente sendo legítima, em um estado de direito, a ponderação de valores levada a efeito, abstratamente, pelo legislador. Qualquer outra espécie de hierarquização dos princípios constitucionais levaria ao aniquilamento das posições jurídicas fundamentais, pois a segurança da norma abstrata estaria sendo substituída pelos juízos subjetivos e imprevisíveis do julgador no caso concreto.

A questão da ponderação reside na necessidade de atribuir-se a este procedimento um caráter racional e, conseqüentemente, controlável. Consoante corretamente anotado por Suzana de Toledo Barros<sup>121</sup>, quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma relação de precedência de um sobre o outro, atribuindo-lhe um peso maior. Podendo-se estabelecer uma fundamentação para esse resultado, prossegue, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo

---

<sup>121</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 1996, p. 169.

objetivo, gerando um processo controlável de ponderação, sempre orientado pelo princípio da igualdade.

De outro lado, a reiteração de decisões que solucionam conflitos acabam por gerar um padrão de ponderação, orientando os julgadores na escolha valorativa no caso concreto com base em regras jurisprudenciais estabelecendo uma precedência dos bens constitucionalmente protegidos.

A exigência indeclinável de fundamentação racional, com elementos aferíveis objetivamente, quando da solução de conflitos entre direitos fundamentais, é condição de aplicabilidade do próprio sistema, por afastar-se, com isso, o arbítrio do intérprete (do juiz, na hipótese de processos judiciais), situação que seria incompatível com a noção garantista do Direito Constitucional. Ou seja, as soluções para um determinado conflito de bens somente podem ser efetuadas de modo racional, exteriorizando-se todos os elementos ensejadores do convencimento.

O princípio da motivação dos atos judiciais, de importância fundamental, expressa uma garantia impeditiva do discricionarismo judicial, pois é através da motivação que as decisões judiciais podem ser avaliadas e legitimadas, podendo as assertivas serem verificadas ou refutadas objetivamente. Para Luigi Ferrajoli<sup>122</sup>, a motivação permite a fundamentação e o controle das decisões, tanto no direito, por violação da lei ou defeitos de interpretação, como nas questões de fato, por defeitos ou insuficiência de provas, ou pela inadequada explicação do nexo entre a convicção e a prova.

---

<sup>122</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit., 1997, p. 623.

A exposição ao controle da motivação, graças à forma lógica e semântica que deve acompanhar a decisão judicial, afasta a discricionariedade judicial, pois a convicção deve ser racional. Assim, prossegue o mestre italiano, ao mesmo tempo em que assegura o controle da legalidade e do nexó entre a convicção e as provas, a motivação também tem o valor de garantia de defesa dos litigantes (valor “endo-processual”) e o valor de garantia da publicidade dos atos judiciais (valor “extraprocessual”), podendo ser considerada como o principal parâmetro, tanto da legitimidade interna ou jurídica como da externa ou democrática da função judicial<sup>123</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 74073/RJ, através de sua Primeira Turma, tendo por Relator o Ministro Celso de Mello<sup>124</sup>, decidiu que a fundamentação constitui-se pressuposto de legitimidade das decisões judiciais, qualificando-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário, gerando a inobservância do dever imposto pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal<sup>125</sup>, a nulidade do pronunciamento judicial, por traduzir grave transgressão de natureza constitucional. Cuidava-se de decisão judicial proferida em processo

---

<sup>123</sup> No original: “La presencia y, sobre todo, la exposición al control de la motivación gracias a su forma lógica y semántica tienen por consiguiente el valor de una discriminación entre métodos procesales opuestos y, como reflejo, entre modelos opuestos de derecho penal: entre lo que Carrar llamaba ‘convicción autocrática’ porque estaba basada en la ‘mera inspiración del sentimiento’ y la ‘convicción razonada’, por haberse expuesto las ‘razones’ tanto jurídicas como fácticas y, en consecuencia – según la alternativa enunciada desde el comienzo de este libro - , entre cognoscitismo y decisionismo penal, entre verdades y valoraciones, entre garantismo y substancialismo penal. Al mismo tiempo, en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexó entre convicción e pruebas, la motivación tiene también el valor ‘endo-procesal’ de garantía de defensa y el valor ‘extra-procesal’ de garantía de publicidad. Y puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial”.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça, 27/06/97, p. 3022, julgamento em 20/05/1997.

<sup>125</sup> “Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) XI – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, a determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

penal em que o órgão jurisdicional deixou de motivar a decisão, abstendo-se de examinar os fundamentos relevantes em que se apoia a defesa técnica do acusado, assentando-se que a fundamentação constitui-se em meio adequado a excluir o arbítrio judicial, incompatível com um sistema de garantias fundamentais.

Em outra oportunidade, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 68530/DF, o Supremo Tribunal Federal, através de sua Primeira Turma, tendo por Relator o Ministro Celso de Mello<sup>126</sup>, decidiu que o ordenamento jurídico brasileiro, ao tornar a exigência de fundamentação das decisões judiciais um elemento imprescindível e essencial à válida configuração dos atos sentenciados, refletiu, em favor dos indivíduos, uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, e impôs, como natural derivação desse dever, um fator de clara limitação dos poderes deferidos a magistrado e Tribunais, por não haver, em tema de liberdade individual, a possibilidade de se reconhecer a existência de arbítrio judicial. O caso concreto em análise pelo Tribunal referia-se à prisão preventiva em processo penal, a qual somente pode ser efetuada em situações excepcionais e com decisão judicial devidamente fundamentada com elementos concretos ensejadores de sua necessidade.

Neste julgamento, de forma mais clara, o Supremo Tribunal Federal, embora não fosse esse o objetivo, enfrenta adequadamente as críticas formuladas contra uma concepção “principalista” de direitos fundamentais: a necessidade constitucional de fundamentação dos atos judiciais retira, por completo, qualquer carga de arbítrio por parte do magistrado, traduzindo-se em poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz.

---

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça, 12/04/91, p. 0415, julgamento em 05/03/91.

Semelhante garantia, ou seja, a da fundamentação, não pode ser utilizada como mero elemento retórico-formal, pois cumpre uma função essencial de possibilitar o questionamento das opções do intérprete, não satisfazendo a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário afirmações genéricas sem a necessária correspondência fática e jurídica, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 217631/GO<sup>127</sup>.

A questão da fundamentação das decisões judiciais, enquanto elemento agregador de legitimidade e racionalidade aos provimentos judiciais, também foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, através de sua Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando do julgamento do Recurso Especial nº 177992/CE<sup>128</sup>, oportunidade em que se decidiu que a motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de afronta às garantias constitucionais, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados, por ter sido a necessidade de fundamentação elevada a cânone constitucional, apresentando-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcada no *due process of law*, representando uma garantia inerente ao estado de direito.

A motivação de toda e qualquer decisão judicial é uma exigência do Estado democrático de direito, e, segundo François Rigaux, o respeito dessa exigência pelo magistrado da causa é uma das pedras angulares do controle da legalidade dos atos

---

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça, 24/10/97, p. 54194, julgamento em 09/09/97.

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça, 31/05/99, p. 152, julgamento em 01/09/1998.



jurisdicionais, sendo possível a incidência de métodos de controle (recursos às instâncias superiores, p. ex.) que tendem a “*garantir a correção do raciocínio seguido pelo juiz da causa*”<sup>129</sup>, constituindo a essência do contraditório processual.

Assim, e de modo exemplificativo, um eventual conflito entre o direito da livre manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV, Constituição Federal) e o da inviolabilidade da intimidade e da honra do indivíduo (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal), de ocorrência não rara na prática forense brasileira, somente poderá ser resolvido a partir da ponderação, no caso concreto, dos bens em conflito, fazendo o intérprete prevalecer, de modo fundamentado, externando objetivamente todos os elementos ensejadores da decisão, diante das circunstâncias, um dos direitos conflituosos (dimensão de peso), sempre orientado pela necessidade de maximização das posições constitucionais, o que não impede que, em outras circunstâncias, a opção do intérprete seja diferente.

Nesse passo mostra-se importante enfrentar a questão referente à existência, ou não, de uma hierarquia de princípios constitucionais, impondo a prevalência absoluta de determinado princípio quando em colisão com outros direitos constitucionalmente protegidos. A aceitação de semelhante sistema mostra-se de todo incompatível com uma concepção principiológica dos direitos fundamentais, na qual todos os princípios são dotados, *prima facie*, de cláusulas de otimização, sendo que concretamente o método utilizado para solução de conflitos é a ponderação.

Assim, não há uma lista abstrata estabelecendo a prevalência de alguns

---

<sup>129</sup> RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 253.

princípios sobre outros, mas em cada situação concreta é possível efetuar-se a hierarquização, para o caso, conforme os pesos prevalecentes, devendo a situação ser resolvida pela máxima da unidade da Constituição, segundo a qual todas as normas contidas numa Constituição têm igual dignidade abstrata. Essa tese, que conclui pela ausência de hierarquia formal entre as normas constitucionais, foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 160486/SP, oportunidade em que se assentou o caráter sistêmico da Constituição, situação que impõe se reconheça uma situação de coexistência harmoniosa entre as prescrições normativas que integram a estrutura em que ele se acha formalmente positivado. Discutia-se no mencionado recurso constitucional a existência de hierarquia entre uma norma do corpo constitucional permanente e uma norma das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, ficando assentado que

*“o Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado.*

*“Os preceitos do ADCT, na sua irrecusável condição de normas formalmente constitucionais, possuem, desse modo, na esfera hierárquico-normativa, o mesmo nível de eficácia e o mesmo grau de autoridade das demais regras positivadas no texto da própria Constituição Federal. Partilham, pois, da mesma natureza jurídica que se reconhece aos preceitos que integram a Lei Fundamental da República. Como consequência, as cláusulas normativas transitórias (a) tipificam-se pela nota da supremacia jurídica, (b) erigem-se como pressupostos de validade do próprio sistema de direito positivo e (c) conservam a mesma estabilidade normativa das prescrições inscritas na Carta Federal, razão pela qual a modificação das regras que compõem o ADCT sujeita-se à mesma disciplina ritual fixada*

*para o procedimento de reforma das disposições constitucionais permanentes (Pontes de Miranda, 'Comentários à Constituição de 1946, tomo VII/62, 3ª ed., 1960, Borsoi). (...)'*<sup>130</sup>.

Fábio Medina Osório, em excelente trabalho<sup>131</sup>, enfrenta o problema ligado à existência de uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito público brasileiro, partindo de uma concepção principiológica do direito constitucional. A discussão, embora direcionada ao direito administrativo, possui profundas raízes no direito constitucional, motivo pelo qual se mostra presente a sua pertinência temática com a presente dissertação, pois a prevalência do interesse público sobre o privado nada mais é do que uma hierarquização de princípios.

De acordo com o mencionado estudioso, a prevalência de um interesse público, considerado como princípio constitucional, sobre outro privado, na órbita judicial, somente pode ocorrer nos casos concretos, jamais de forma abstrata, absoluta, radical e inafastável. Todavia, Fábio Medina Osório reconhece a existência, no plano do direito administrativo, de uma prevalência do interesse público sobre o privado, posto que a ação administrativa é pautada, finalisticamente, pela perseguição inafastável do interesse público.

Ao incidir, o princípio da prevalência do interesse público cria para os agentes públicos uma obrigação de agir no atendimento ao interesse público em detrimento do privado, criando, então, uma nítida hierarquia de princípios. Tal situação de dever-ser não se confunde com um mandado de otimização, mas com uma escolha vinculante ao

---

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello, RE 160486/SP, DJ 09.06.95, p. 17246.

<sup>131</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito público brasileiro?*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 88, n. 770, dezembro de 1999, p. 53-92.

administrador: em nenhuma hipótese poderá o administrador eleger o interesse privado em detrimento do interesse público, em virtude de uma efetiva e permanente supremacia deste (interesse público) sobre aquele (interesse privado).

Embora a força dos argumentos suso-mencionados, não parece adequada a conclusão sobre a existência, em nosso direito constitucional, de um princípio determinando, em abstrato, a prevalência do interesse público sobre o privado, mas o que se percebe é a obrigatoriedade de a administração perseguir o interesse público, situação que retrata um fenômeno totalmente diverso. O que existe é um “princípio do interesse público”, o que não implica afirmar-se sua superioridade sobre os demais interesses em colisão. A relação que se estabelece entre a administração e o interesse público diz respeito à finalidade, ou seja, a ação administrativa deve, obrigatoriamente, ser dirigida à consecução do interesse público, pois a finalidade, não a vontade, preside o agir da administração pública.

Assim, a conclusão a que chega Humberto Bergmann Ávila mostra-se correta, no sentido de que nem sempre o conflito entre o interesse público e o interesse privado deve ser resolvido em detrimento deste, pois é a ponderação que deve determinar o peso dos interesses conflituosos, procurando proteger, ao máximo, esses mesmos bens, sendo essa ponderação, para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos, o critério decisivo para a atuação restritiva. Por isso, *“antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular”*<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”. In “O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel”. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 127.

Uma vez certificada a inexistência de uma prevalência em tese de um princípio sobre outro, deve ter o aplicador da norma constitucional o cuidado quando da identificação de colisões de direitos fundamentais, pois nem todas as situações se caracterizam como sendo verdadeiras colisões. Em primeiro lugar, deve-se verificar qual a efetiva abrangência da norma protetiva, pesquisando-se adequadamente o seu conteúdo.

Assim, não se poderia afirmar que o direito à vida é uma limitação ao direito de manifestação artística na hipótese de ocorrer, por exemplo, quando da encenação de uma peça teatral, uma situação de morte. Para tornar a cena mais dramática, o ator, de fato, mata o outro figurante. A situação mencionada, indiscutivelmente, não está no interior do âmbito protetivo da norma concessiva da liberdade de expressão. O que se percebe, em verdade, é a ausência, nesse caso, de conflito entre direitos constitucionais, um a limitar o outro, mas simplesmente inexistência de direito à livre manifestação com a extensão pretendida.

Nesses, como em muitos outros casos, ensina Edilson Pereira de Farias<sup>133</sup>, não se trata de colisão de direitos fundamentais, uma vez que a norma constitucional não protege essas formas de exercício de direitos. Constatando o intérprete que no caso concreto o âmbito de proteção do direito exclui a forma e o tipo de exercício do direito invocado, não haverá preservação do núcleo essencial através do processo de ponderação, somente aplicável nos verdadeiros processos de colisão.

Didaticamente, Gomes J. J. Canotilho e Vital Moreira<sup>134</sup> informam sobre a

---

<sup>133</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 97.

<sup>134</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. op. cit., 1991, p. 136.

necessidade de determinação do âmbito normativo dos direitos, objetivando-se verificar a existência ou não de um verdadeiro conflito, sendo possível que o conflito seja apenas aparente, exemplificando: *“não há conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao bom nome em caso de difamação, dado que não está coberto pelo âmbito normativo-constitucional da liberdade de expressão o ‘direito à difamação, calúnia ou injúria’”*. Após efetuada essa verificação, constatando-se a existência de um autêntico conflito de direitos, é preciso verificar se é existente, ou não, uma reserva de lei restritiva expressamente prevista na Constituição para algum dos direitos colidentes, pois nessa situação a lei pode resolver o conflito de direitos através da restrição ou ingerência no respectivo âmbito protetivo.

A teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais, dessa forma, assenta-se na necessidade de convivência pacífica dos direitos no sistema jurídico constitucional, objetivando-se a otimização das posições jurídicas, sendo a ponderação, em virtude do caráter principiológico dos direitos fundamentais, um método racional de solução das colisões, sempre que não houver uma restrição expressamente prevista pela própria Constituição ou por uma lei infraconstitucional com expressa autorização constitucional (reserva de lei restritiva).

A solução da colisão de direitos fundamentais, assim, somente pode ser superada em se impondo a um dos lados ou aos dois lados envolvidos na questão uma restrição ou uma diminuição de seu âmbito protegido. No Direito Constitucional brasileiro, em virtude de norma expressa (artigo 5º, parágrafo 1º, Constituição Federal<sup>135</sup>), os direitos fundamentais possuem inegável capacidade de produzir eficácia, ficando claro que a questão

---

<sup>135</sup> “§ 1º, Art. 5º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

da colisão, então, é um problema judicial e não meramente político ou moral, ou seja, é uma questão que os juízes devem resolver no exercício de suas funções constitucionais.

A adoção de uma teoria principiológica dos direitos fundamentais, segundo a qual os princípios são normas que permitem que algo seja realizado da maneira mais completa possível, considerando-se as questões atinentes à possibilidade jurídica e à possibilidade de fato, implica concluir-se que colisão entre direitos fundamentais é colisão entre princípios, decorrendo que o método de solução desses conflitos é a ponderação.

A solução dos conflitos entre princípios ocorre no plano do peso, ou seja, o intérprete concretamente irá ponderar os direitos conflituosos e optará, naquele caso concreto, pelo princípio que possuir maior peso, o que obviamente não implicará a sua exclusão do ordenamento jurídico. Em outro caso, com outras circunstâncias, a conclusão poderá ser diversa.

A aplicação da lei da ponderação há de se fazer em três planos: a) verificar-se-á a intensidade da intervenção; b) tratar-se-á de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção; c) por fim, realizar-se-á a ponderação em sentido específico e estrito.

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade na AMS Nº 91.04.02845-7/PR<sup>136</sup>, tendo por Relator o Juiz Ari

---

<sup>136</sup> Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2(8):13-386, out./dez. 1991.

Pargendler, ao enfrentar a questão referente à constitucionalidade da retenção dos cruzados novos quando da implantação do Plano Collor, abordou expressamente a aplicação da ponderação enquanto método adequando à solução de conflitos entre princípios constitucionais. Discutia-se o conflito entre o direito de propriedade e o interesse público, bem como a possibilidade de haver intervenção da Administração Pública nos direitos individuais dos cidadãos. Do voto do Juiz Sílvio Dobrowolski, manifestando-se no sentido da inconstitucionalidade da medida governamental, depreende-se que a possibilidade de a Administração intervir nas esferas individuais constitucionalmente protegidas é forma de disciplinação do próprio exercício dessas posições, sendo imperiosa a manutenção do núcleo essencial do direito. As restrições em favor do bem-estar social não podem afetar o cerne das liberdades asseguradas na Constituição, sob pena de descaracterizá-la em seu papel de norma suprema do ordenamento jurídico.

A ponderação, assim, é eficiente método para manutenção dos direitos fundamentais, primando pela convivência democrática das posições naturalmente conflituosas em uma sociedade complexa e dinâmica.

### **2.3. Restrições a Direitos Fundamentais Expressas na Constituição**

O segundo grupo de restrições aos direitos fundamentais é composto por 1) restrições que decorrem direta e expressamente da Constituição; 2) restrições cuja imposição pela lei infraconstitucional está autorizada pela Constituição e 3) restrições cuja imposição pelo Poder Judiciário está autorizada pela Constituição.



### 2.3.1. Restrições a direitos fundamentais diretamente constitucionais

Ocorre essa espécie restritiva toda vez que a Constituição, ao conceder um direito fundamental, diretamente, consigna restrições ao seu exercício ou efetua delimitações quanto a sua abrangência normativa.

Na primeira hipótese, a restrição ao direito fundamental é imposta, direta e expressamente, pela norma Constitucional, não exigindo do intérprete maiores indagações teóricas, pois o direito declarado passa a ser o resultante da operação restritiva.

Ou seja, a Constituição confere um direito fundamental e, ao mesmo tempo, estabelece a extensão do núcleo protetivo e as condições ao correto exercício do direito, bem como consignando possibilidades de restrições a esse direito.

Essa, sem dúvida, é a forma mais legítima de restrição a um direito fundamental, uma vez efetuada pelo mesmo órgão político que concebeu o direito, situação que, no jogo democrático, deve espelhar o consenso da maioria sobre os valores culturais plasmados em uma Constituição. A característica essencial de perenidade conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal (artigo 60, § 4º)<sup>137</sup>, confere a necessária efetividade aos postulados constitucionais, impedindo que maiorias eventuais desfaçam conquistas históricas de toda uma nação, pois nem sobre tudo pode a maioria decidir, na esteira do ensinamento de Luigi Ferrajoli<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

<sup>138</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit., 1997, p. 860.

Na Constituição Federal brasileira de 1988 podem ser encontrados diversos exemplos desse tipo originário de restrição a um direito fundamental:

- a) **Liberdade de expressão:** a liberdade de manifestação do pensamento é princípio consagrado no artigo 5º, inciso IV, acompanhado de uma restrição pelo próprio texto concessivo, qual seja, “vedado o anonimato”;
- b) **Inviolabilidade de domicílio:** a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo ingressar sem autorização do morador, exterioriza o direito fundamental declarado, sendo que em seguida a própria norma constitucional consigna restrições a esse direito: na casa do indivíduo é possível ingressar, mesmo sem autorização do morador, em caso de flagrante delito<sup>139</sup> ou desastre, ou para prestar socorro;
- c) **Liberdade de associação:** a Constituição prevê o princípio da liberdade de associação, de modo pleno, com duas restrições, quais sejam: 1. O direito não pode ser exercido quando os objetivos da associação são ilícitos (associação criminosa, por exemplo, tipificada como crime no artigo 288 do Código Penal <sup>140</sup>); 2. Vedação expressa da associação com

---

<sup>139</sup> A figura jurídica encontra-se conceituada no artigo 302 do Código de Processo Penal, assim redigido: “Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

<sup>140</sup> “Art. 288: Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes. Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.”

caráter paramilitar (art. 5º, inciso XVII);

d) **Direito de propriedade:** a Constituição assegura o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII), autorizando, porém, o uso da propriedade particular pelo Poder Público no caso de iminente perigo público (artigo 5º, inciso XXV<sup>141</sup>). No que se refere ao direito de propriedade, a grande questão que surge é saber se a função social é restrição ao direito de propriedade (elemento externo ao direito) ou se esse atributo é parte integrante do próprio direito (elemento interno). Segundo José Afonso da Silva<sup>142</sup>, a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, por ser atributo pertencente diretamente à própria estrutura do direito. Em se tratando de função social, não existem duas coisas, quais sejam, o direito de um lado (propriedade) e a restrição de outro (função social). O direito de propriedade só existe se conjugado com o predicado da função social. A função social, prossegue José Afonso da Silva, “constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo”<sup>143</sup>.

e) **Direito constitucional à liberdade – vedação da prisão por dívida**

---

<sup>141</sup> Artigo 5º, inciso XXV, da CF: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.”

<sup>142</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit., 1992, p. 254.

<sup>143</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit., 1992, p. 256.

**civil:** o artigo 5º, inciso LXVI, consagra princípio de que ninguém será levado à prisão em virtude de dívida civil, salvo nas hipóteses, que caracterizam uma restrição ao direito, de: 1 - **dívida alimentícia**; 2 - **depositário infiel**. Relativamente à prisão do depositário infiel (meio coercitivo para obter-se a restituição do depósito ou coerção processual destinada a obrigar o devedor a cumprir obrigação não satisfeita) dúvidas surgiram quanto à admissibilidade de a Constituição prever essa possibilidade de prisão, uma vez que o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo no Brasil aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 1992 - DO de 28.5.1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 1992), em seu item nº sete do artigo sétimo - direito à liberdade pessoal -, determina que ninguém deve ser detido por dívidas, consignando somente uma exceção: esse princípio não limita os mandamentos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Esta questão já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela admissibilidade desse preceito constitucional, uma vez que os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Constituição, sendo essa a razão invocada pela Suprema Corte para afirmar que o artigo 7º do Pacto de São José, no que se refere à prisão por dívida, deve ser interpretado com as limitações

impostas pelo artigo 5º, LXVII, da Constituição<sup>144</sup>; em outra oportunidade<sup>145</sup>, o Supremo Tribunal Federal, por seu então Presidente Ministro Celso de Mello, decidiu que a prisão civil do depositário infiel reveste-se de plena legitimidade constitucional e não agride o Pacto de São José da Costa Rica, pois essa espécie de prisão possui expressa previsão constitucional, consagrando uma tradição republicana, que, iniciada pela Constituição de 1934 (art. 113, n. 30), tem sido observada, com a só exceção da Carta de 1937, pelos sucessivos documentos constitucionais brasileiros, sendo que a autoridade normativa da Constituição não pode expor-se a mecanismos de limitação fixados em tratados internacionais, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica. Semelhante pacto, na dicção do Ministro do Supremo Tribunal Federal, qualifica-se como peça complementar no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais, situando-se dentro do sistema jurídico brasileiro como norma ordinária, ou seja, legislação infra-constitucional, inexistindo qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sendo certo, de outro lado, que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Constituição Federal. Essa tese, todavia, não parece ser a mais adequada, em virtude do disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, da

---

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Maurício Correa, HC 73044/SP; Publicação 20/09/96, p. 34534, julgamento em 19/03/96, Segunda Turma.

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 252748/SP, Rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática), julgamento em 02/09/99, publicado no Diário da Justiça de 30/09/99, p. 000035.

Constituição Federal, de acordo com o qual são incorporados ao sistema de direitos e garantias fundamentais os direitos previstos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte, situação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, exteriorizando a existência de um direito materialmente fundamental com assento formal na Constituição. Em virtude dessa disposição constitucional, a vedação constante no artigo 7º da mencionada Convenção, uma vez incorporada ao direito interno, foi aglutinada pela própria Constituição, fazendo parte de seu corpo, com “status” constitucional, derogando todas as demais disposições da própria constituição em sentido contrário. Veja-se o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso<sup>146</sup>: a Convenção de São José da **Costa Rica** é vertente de direito fundamental. É dizer: o direito assegurado no art. 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição. Quer parecer que o maior equívoco no qual incorre a jurisprudência é considerar a autorização para prisão do depositário infiel um direito fundamental. Na verdade, o direito fundamental em discussão é a liberdade, sendo a possibilidade de prisão uma restrição constitucional a esse direito. O que se deve discutir, portanto, é a possibilidade da restrição a um direito fundamental. Não parece adequada a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal no sentido de que a primazia da

---

<sup>146</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 243613/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.09.99, página não identificada, (decisão monocrática), julgamento em 19/02/99.

Constituição, enquanto ato soberano, justifica qualificarem-se os tratados internacionais enquanto normas dotadas de eficácia infraconstitucional, pelo simples fato de que a decisão em assumir o compromisso internacional é, ela mesma, reflexo de exercício da soberania. Somente a interpretação da Constituição, enquanto sistema aberto de princípios e regras, é que pode solver este aparente conflito constitucional.

### **2.3.2. Reserva de leis restritivas: restrições a direitos fundamentais através de lei infraconstitucional mediante expressa autorização da Constituição**

Ao lado dos direitos constitucionais submetidos às restrições diretamente constitucionais, encontram-se os direitos fundamentais sujeitos às restrições impostas através de lei infraconstitucional, naquelas situações em que a própria Constituição Federal, ao tratá-los, refere expressamente sobre a possibilidade de a limitação ocorrer veiculada através de uma norma de grau hierárquico inferior.

Nessas situações, a Constituição faz remissão expressa à lei infraconstitucional, a qual terá a função de a) limitar o âmbito concreto de exercício do direito, estabelecendo pressupostos e requisitos a serem cumpridos para o seu exercício e b) efetuar mediação legislativa entre o Texto Constitucional e o exercício do direito pelo seu titular. Para Gomes J. J. Canotilho<sup>147</sup>, quando o preceito constitucional prevê expressamente a possibilidade de limitações aos direitos fundamentais através de lei (reserva de lei restritiva),

---

<sup>147</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1998, p. 1144.

quer isso significar dois fenômenos distintos: de um lado, cuida-se de uma *norma garantia*, por reconhecer e garantir um direito fundamental (âmbito de proteção); de outro lado, trata-se de uma *norma de autorização de restrições*, por conter um comando autorizativo ao legislador infraconstitucional para estabelecer restrições ao direito protegido.

Nem sempre a intervenção legislativa em um direito fundamental traduz uma hipótese de restrição, pois o legislador poderá atuar objetivando concretizar os preceitos constitucionais, funcionando como elemento meramente declaratório do âmbito protegido pela norma, possuindo verdadeira eficácia multiplicadora do direito, ao criar os instrumentos para o efetivo exercício do direito pelo titular. A lei, então, no dizer de José Carlos Vieira de Andrade<sup>148</sup>, não lhes acrescenta ou lhes tira nada, limitando-se a “explicar” os conceitos, motivo pelo qual essa intervenção legislativa não necessita de expressa permissão constitucional, área de atuação do próprio poder conferido ao legislativo em virtude da divisão constitucional dos poderes.

Na Constituição brasileira, pode-se citar como exemplo dessa espécie de intervenção legislativa o disposto no artigo 5º, inciso XXXII, no que se refere à proteção, pela lei, da defesa do consumidor. Nessa hipótese, caberá ao legislador tão-somente explicitar os instrumentos através dos quais haverá a concretização deste comando constitucional, estabelecendo regulamentação que confira efetividade no que se refere à proteção das relações de consumo.

Obviamente que, neste caso, a relação que se estabelece entre a legislação

---

<sup>148</sup> ANDRADE, José Carlos Viera de. op. cit., 1987, p. 226.



infraconstitucional e o direito fundamental não é de restrição, mas de multiplicação e explicitação de seu âmbito de proteção. Assim, atendendo-se a esse comando constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), prevendo-se importantes institutos inovadores nessa área do Direito. Dentre outros, podem ser citados: a) ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos; b) legitimação do Ministério Público na proteção dos direitos dos consumidores<sup>149</sup>; c) inversão do ônus probatório<sup>150</sup>; d) extensão dos limites subjetivos da coisa julgada<sup>151</sup>.

Na esfera das normas restritivas aos direitos fundamentais, com permissão constitucional, é possível identificar duas situações distintas, tendo-se em vista o grau de liberdade atribuído pela Constituição ao legislador ordinário. No primeiro caso, a norma constitucional limita-se a invocar a possível superveniência de norma restritiva, sem estabelecer em que condições especiais poderá a restrição ser exercida. É a conhecida cláusula “nos termos da lei”, reconhecendo-se uma margem elevada de poder regulamentar e de restrição ao legislador, pois essa é a função que lhe é expressamente delegada pela Constituição, cuidando-se de uma ampla autorização restritiva (por exemplo: artigo 5º, inciso LVIII, Constituição Federal). Na segunda situação, ao contrário, a margem restritiva

---

<sup>149</sup> “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – O Ministério Público; (...)”.

<sup>150</sup> “Art. 6º: São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

<sup>151</sup> “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. (...)”

autorizada pela Constituição ao legislador ordinário é diminuída pela própria Constituição, a qual estabelece as condições a serem observadas pela norma restritiva (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal: a esfera restritiva da lei somente poderá ocorrer para fins criminais).

Nos casos de restrição legal qualificada, diz Suzana de Toledo Barros<sup>152</sup>, o legislador não possui muita liberdade para efetuar restrições ao direito, por já estar previamente vinculado a meios ou a fins específicos estabelecidos pela própria Norma Constitucional. Ao contrário, em se tratando de reservas de lei simples, a discricionariedade do legislador passa a ser considerável, uma vez que não está sujeito a condições especiais previamente estabelecidas.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, podem ser encontrados diversos exemplos de direitos fundamentais submetidos expressamente à reserva de lei restritiva:

- a) **Liberdade no exercício de trabalho, ofício ou profissão:** o artigo 5º, inciso XIII, estabelece o princípio da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, submetendo o direito, todavia, às restrições a serem impostas pela lei: “*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”, cuidando-se de uma autorização qualificada, por isso limitada à possibilidade restritiva às qualificações profissionais. Neste tópico mostra-se importante a referência ao artigo 8º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto dos Advogados)<sup>153</sup>, o qual torna obrigatório o ‘**exame de**

---

<sup>152</sup> BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., 1996, p. 162.

<sup>153</sup> “Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: ... IV – aprovação em Exame de Ordem.”

**ordem'** para exercício da profissão de advogado. Com efeito, a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é direito fundamental (artigo 5º, inciso XIII, Carta da República). A obrigatoriedade de submissão ao exame de ordem, como requisito para o exercício da profissão de advogado, indiscutivelmente constitui-se em efetiva restrição ao direito de liberdade de profissão, uma vez que não logrando o interessado aprovação no referido exame ficará alijado do exercício da advocacia. No caso em estudo, o livre exercício das profissões (artigo 5º, inciso XIII, Carta da República), as restrições impostas pela Lei nº 8.906/94 são absolutamente compatíveis com o Texto Constitucional, uma vez que a própria Constituição autoriza expressamente a lei ordinária a estabelecer restrições ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, ao utilizar a cláusula *"atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"*, caracterizando reserva de lei restritiva, sendo amplamente caracterizada a razoabilidade da exigência do exame de ordem, em virtude da inafastável necessidade de qualificação do profissional da área jurídica, o qual defende em juízo direito que não lhe pertence, sendo requisito que está ligado diretamente à qualificação profissional<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> SCHAFER, Jairo Gilberto. *Restrições a direitos fundamentais: análise de um caso concreto – constitucionalidade do exame de ordem dos advogados do Brasil*. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), São Paulo: AJUFE, n. 59, ano 17, out./dez 1998, p. 339-365.

O mestrando, no exercício de suas atribuições como Juiz Federal, teve a oportunidade de enfrentar jurisdicionalmente a questão: Mandado de Segurança nº 97.0000592-5, Terceira Vara Federal de Florianópolis, no qual foi denegada a segurança pleiteada, em virtude da Constitucionalidade da norma atacada (exame de ordem).

- b) **Pessoalidade da pena criminal:** o artigo 5º, inciso XLV, estabelece um princípio que é comum aos povos civilizados, ou seja, o de que a pena criminal não passará da pessoa do condenado, autorizando que a legislação estabeleça o cumprimento, pelos sucessores, no limite do patrimônio transferido, da medida acessória de perdimento dos bens e reparação do dano.
- c) **Identificação criminal:** o artigo 5º, inciso LVIII, garante o direito à não-identificação criminal do indivíduo que já possua identificação cível, permitindo, porém, que a legislação infraconstitucional estabeleça as hipóteses em que este direito (a não-identificação) não poderá ser exercido.

### **2.3.3. Restrições a direitos fundamentais pelo Poder Judiciário com expressa autorização da Constituição.**

Essa terceira hipótese de autorização expressa constitucional para limitação aos direitos fundamentais embasa-se no poder conferido ao magistrado diretamente pela Constituição na qualidade de agente político integrante de um dos poderes da República. Com efeito, a peculiaridade dessa espécie de autorização reside no fato de que cabe ao Poder Judiciário, no exercício de sua função típica (jurisdição), preencher, no caso concreto, respeitadas as garantias constitucionais, os elementos fáticos e jurídicos autorizadores da mitigação dos direitos fundamentais. A Constituição, ao prever a possibilidade da restrição ao direito, descreve, abstratamente, os pressupostos de sua incidência, delegando ao magistrado a

adequação concreta destes postulados: a restrição somente pode ser constatada a partir da junção de dois fenômenos distintos, quais sejam, a previsão constitucional abstrata e a fundamentação concreta do juiz.

Podemos citar alguns exemplos dessa hipótese de restrição:

- a) **Inviolabilidade de domicílio:** casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo ingressar sem autorização do morador, exterioriza o direito fundamental declarado, sendo que em seguida a própria norma constitucional consigna restrições a esse direito: durante o dia, por determinação judicial (artigo 5º, inciso XI);
- b) **Inviolabilidade das comunicações telefônicas:** é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, com uma restrição: ordem judicial pode determinar a interceptação telefônica, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, inciso XII)<sup>155</sup>;
- c) **Direito de liberdade:** ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. A prisão constitui inegavelmente uma restrição ao direito de liberdade. Na segunda situação, a restrição somente se caracterizará com a agregação do agir do Poder Judiciário.

---

<sup>155</sup> A lei mencionada pela Constituição foi promulgada em 24 de julho de 1996, Lei nº 9.296.

## 2.4. O Princípio da Proporcionalidade e as Normas Restritivas de Direitos Fundamentais

Inicialmente, mostra-se importante justificar a opção terminológica na presente dissertação: utilizar-se-á o princípio da proporcionalidade em detrimento do princípio da razoabilidade quando da análise dos elementos que devem ser agregados às normas restritivas a direitos fundamentais.

Não obstante na doutrina e na jurisprudência do Brasil tenha se atribuído aos conceitos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em linha geral, o mesmo conteúdo axiológico<sup>156</sup>, são institutos que não podem ser confundidos, sendo necessária a precisão conceitual para uma exata aplicação na teoria dos direitos fundamentais.

Com efeito, o princípio da razoabilidade deita suas raízes no constitucionalismo americano, a partir de construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, a qual, objetivando conter desvios do Poder Legislativo na consecução de sua função típica (fazer leis), concebeu o requisito denominado “*due process of law*”, o devido processo legal, como fundamento da legalidade dos comandos do poder público.

Segundo ensinamento de Caio Tácito, este princípio (da razoabilidade), aplicado originariamente como garantia processual, ampliou-se gradativamente para alcançar, agora pelo chamado “*substantive due process*”, o remédio contra as restrições de direitos e

---

<sup>156</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 336, out./dez 1996, p. 125/136.

liberdades na via administrativa e legislativa, sendo que foi, sobretudo, na avaliação da legitimidade da intervenção do poder público no domínio econômico e social, “*que se aplicou o teste de racionalidade (rationality test) e, a seguir, o padrão de razoabilidade (reasonableness standard) como aferição da legalidade da legislação*”<sup>157</sup>.

O princípio da proporcionalidade, por seu turno, originário do direito alemão, decorre diretamente do princípio da legalidade, compatível, portanto, com o sistema constitucional brasileiro, compreendendo-se seu conteúdo e alcance a partir do advento do Estado de Direito, ligado ao princípio da constitucionalidade, segundo o qual são os direitos fundamentais descritos na Constituição que regem todo o ordenamento jurídico, motivo pelo qual será esta a nomenclatura absorvida no presente trabalho acadêmico.

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região, quando do julgamento da Apelação Cível nº 95.04.37993-1/RS<sup>158</sup>, Relator Juiz Vladimir Freitas, na qual se discutia a pena de perdimento de bens em decorrência de sua utilização para transportar bens sujeitos à pena de perdimento (Decreto-Lei nº 37/66, artigos 95, inciso I, 96, inciso I, e 104), decidiu pela necessidade de se manter a proporcionalidade entre o valor do bem apreendido e o valor do tributo elidido. Segundo o julgado, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário controlar as leis e demais atos estatais, analisando-os em conformidade com os princípios fundamentais assegurados na Constituição, buscando na doutrina de Willis Santiago Guerra

---

<sup>157</sup> TÁCITO, Caio. *A razoabilidade das leis*. Carta Mensal, Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, vol. 42, n. 495, junho 1996, p. 17/25.

<sup>158</sup> Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre: Livraria do Advogado, a. 8, n. 28, p. 21-368, 1997.

Filho<sup>159</sup> a necessária precisão conceitual: o princípio da proporcionalidade é originário do direito público alemão, e não pode ser confundido com o princípio da razoabilidade, de origem anglo-saxônica, pois são absolutamente diversos em sua destinação, sendo que a desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar os limites do que as pessoas em geral, de plano, consideram aceitáveis, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles.

Do voto do Relator colhem-se valiosos elementos no sentido da caracterização jurisprudencial do princípio da proporcionalidade, diferenciando-o do princípio da razoabilidade:

*“Portanto, ainda que tratados indistintamente, os dois princípios são diversos. O da proporcionalidade, de origem alemã, é ativo, fixa limites, estabelece formas em que os meios e o fim são proporcionais. Quando desproporcional o fim, a irresignação deverá achar apoio no art. 5º, inc. XLVI, da Carta Magna, e não no inciso LIV. Já o da razoabilidade, de origem anglo-saxã, importa em algo negativo, em rejeição a uma forma de agir que é repelida pelo senso comum das pessoas.*

*“O que o princípio da razoabilidade permite, em última análise, é que os juízes examinem as normas jurídicas e os atos administrativos, verificando se são razoáveis, se atendem ao justo anseio da comunidade. Se irrazoáveis, irracionais, sem sentido mesmo, caberá ao juiz, diante do caso concreto, afastar a aplicação da norma sob a invocação do preceito constitucional do devido processo legal.*

Uma das questões essenciais na análise da estrutura das normas restritivas de direitos fundamentais refere-se à aplicabilidade e função teórica do princípio da

---

<sup>159</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11/29.



proporcionalidade. No ensinamento de Juarez Freitas<sup>160</sup>, o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, sempre que haja restrições que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o intérprete deve atuar segundo o princípio da justa medida, vale dizer, escolhendo, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que impliquem o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos. Ou seja: as restrições que afetem direitos e interesses dos cidadãos só devem ir até onde sejam imprescindíveis para assegurar o interesse público, não devendo utilizar-se medidas mais gravosas quando outras que o sejam menos forem suficientes para atingir os fins da lei.

Em seu sentido amplo, portanto, quer significar o princípio da proporcionalidade a proibição do excesso: restrições a direitos somente podem ser efetuadas em havendo estrita necessidade para preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. O Poder Público deve agir estritamente na busca do interesse público. A finalidade, e não a vontade, é que preside a ação da autoridade pública.

Na essência, a idéia do princípio da proporcionalidade, enquanto cláusula genérica de proibição de excessos, está ligada diretamente à intenção de se atribuírem garantias à liberdade individual dos indivíduos frente à administração pública, exteriorizando

---

<sup>160</sup> FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56.

nítida intenção de limitação do poder no século XVIII.

Não é demais lembrar que vigorava, naquele período histórico, o absolutismo enquanto forma específica de organização do poder, caracterizando-se pelo exercício do poder sem nenhuma espécie de controle, seja jurídico ou político. Nesse contexto de submissão do súdito ao soberano é que foi germinado o princípio da legalidade, no momento em que se passou a exigir a existência de um estatuto jurídico mínimo que teria por objetivo limitar o poder do soberano, elegendo-se esferas intangíveis da liberdade individual. O Direito Tributário pode ser invocado como um dos grandes exemplos, ao lado do direito penal, desse movimento histórico que beneficia a cidadania até os nossos dias.

Com efeito, o moderno conceito de legalidade tributária, segundo o qual a administração pública somente pode impor tributos ao contribuinte após sua previsão legislativa<sup>161</sup>, busca sua formulação inicial no anseio de limitar-se a atuação da administração pública sobre a liberdade e o patrimônio do indivíduo, através da formulação de hipóteses legais previamente acordadas entre o cidadão e o soberano.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo desdobra-se em três elementos identificados pela doutrina, a saber: a) princípio da conformidade ou adequação de meios; b) princípio da necessidade; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>161</sup> Em virtude do princípio da legalidade tributária, a partir de sua conotação histórica, é que se mostra inadmissível a cobrança de tributos instituídos através de Medida Provisória, não obstante o entendimento em contrário do Supremo Tribunal Federal. É que toda e qualquer cobrança de tributo depende da aprovação prévia dos contribuintes, o que é alcançado, em um sistema democrático, através do voto dos representantes do povo, ou seja, os parlamentares. Assim “lei” para fins tributários somente pode ser lei oriunda do Poder Legislativo, jamais ato unilateral do Poder Executivo, que não possui legitimidade eleitoral para esse fim.

#### **2.4.1. Princípio da conformidade ou adequação de meios**

De acordo com este princípio, os meios utilizados à consecução de um fim devem ser adequados e suficientes ao que se visa concretizar. Assim, resta estabelecida uma relação de adequação medida-fim, no instante em que a finalidade vinculante – o interesse público, elemento legitimador da incidência de limitações – guarda uma relação de absoluta adequação com os meios necessários.

Semelhante princípio aplica-se não só na esfera do direito administrativo, exigindo que o administrador público monitore suas ações sempre com vistas ao interesse público, devendo sempre, neste intento, utilizar métodos que minimizem a intervenção nas esferas juridicamente protegidas. Aplica-se igualmente no instante legislativo (processo legislativo), pois também o legislador somente poderá impor restrições a direitos fundamentais que guardem relação de pertinência e adequação com o interesse público protegido.

#### **2.4.2. Princípio da necessidade**

Decorre do princípio da necessidade a máxima segundo a qual a invasão na esfera de direitos do indivíduo deve, sempre, ser a menor possível, devendo somente ocorrer a intervenção quando esta for estritamente necessária à proteção do interesse público. Sempre que o legislador ou o administrador público tiver várias possibilidades concretas para atingir uma finalidade, todas com a mesma eficácia, deve optar, obrigatoriamente, por aquela que menos agrida os direitos individuais.

Segundo Raquel Denize Stumm<sup>162</sup>, a opção feita pelo legislador ou pelo administrador público deve demonstrar ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins, com imposição de menor custo ao indivíduo. Apresenta-se, neste caso, inquestionavelmente, uma relação de custo/benefício, vedando-se a obtenção de um benefício que seja inferior ao custo imposto ao direito invadido.

#### 2.4.3. Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser compreendido como princípio da “justa medida”, pois, quando se chegar à conclusão da adequação e necessidade da medida interventiva do Poder Público para alcançar determinada finalidade, no dizer de Gomes J. J. Canotilho<sup>163</sup>, mesmo neste caso deve haver questionamento quanto ao resultado a ser obtido com a intervenção, se presente proporcionalidade entre a “carga coactiva” e o resultado, sendo necessário um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se os meios utilizados são ou não proporcionais em relação à finalidade atingida: *“pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”*.

A importância desse elemento do princípio da proporcionalidade é identificada por Suzana de Toledo Barros, pois nem sempre um juízo de adequação ou necessidade mostra-se suficiente à determinação da justiça da medida restritiva a ser adotada em determinado caso concreto, sendo imperiosa a complementação pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, objetivando-se a indicação quanto ao equilíbrio entre os

---

<sup>162</sup> STUMM, Raquel Denize. op. cit., 1995, p. 79.

<sup>163</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1998, p. 263.

valores conflituosos<sup>164</sup>. Através de um exemplo fornecido pela autora, pode-se concluir que a diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito encontra-se “*no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas*”<sup>165</sup>: se o meio **M1** propicia a melhor realização do direito **D1**, mas impõe uma carga restritiva demasiadamente grande ao direito **D2**, está autorizada uma ponderação entre os benefícios auferidos por **D1** e o prejuízo a **D2**, de maneira que o juiz pode concluir pela inviabilidade da medida adotada, em razão da desproporção verificada entre o meio utilizado e o resultado obtido.

#### 2.4.4. Relação do princípio da proporcionalidade com o princípio da constitucionalidade

O princípio da proporcionalidade guarda relação de potencialização com o princípio da constitucionalidade. Com efeito, inicialmente ligado ao princípio da legalidade, com o advento da Constituição de Weimar e os conceitos teóricos sobre a conformação do Estado de Direito, modernamente, após a Segunda Grande Guerra Mundial, o princípio da proporcionalidade encontra-se ligado diretamente com o princípio da constitucionalidade, o qual deslocou para “*o respeito dos direitos fundamentais o centro e gravidade da ordem jurídica*”<sup>166</sup>, elevado a princípio constitucional estruturante por obra da doutrina e da jurisprudência.

---

<sup>164</sup> BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., 1996, p. 80.

<sup>165</sup> BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., 1996, p. 81.

<sup>166</sup> BONAVIDES, Paulo. *O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais, v. 34, n. 34, 1994, p.275/291.

E esse respeito aos direitos fundamentais é tão intenso que coloca limites aos poderes do legislador, que resta impedido de macular esferas de direitos especialmente protegidas pela Constituição, como é o caso dos direitos fundamentais na Constituição brasileira. Em consequência, o legislador passa a atuar a partir dos limites impostos pelo constitucionalismo, agigantando-se o papel do Poder Judiciário no controle dos atos legislativos frente à Constituição, na busca de uma solução justa ao caso concreto.

Fica assim, no ensinamento do mestre Paulo Bonavides, estabelecida uma barreira ao arbítrio, um freio ao poder ilimitado de que se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, *“não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não-escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito”*<sup>167</sup>.

#### 2.4.5. Críticas ao princípio da proporcionalidade

As principais críticas que se fazem à adoção do princípio da proporcionalidade como elemento para controlar as restrições a direitos fundamentais remetem a duas questões básicas: a) ameaça ao princípio da separação dos poderes, uma vez que a intervenção reiterada e constante do Poder Judiciário na esfera reservada ao legislador criaria um decisionismo judicial incompatível com o princípio democrático, o qual prevê o exercício de funções pelos órgãos constitucionalmente elencados; b) a idéia de se atribuir

---

<sup>167</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 1994, p. 283.

importância à decisão justa no caso concreto em detrimento da consequência prevista em tese pela lei, determinando a substituição da vontade do legislador pela vontade do juiz, afeta profundamente a segurança jurídica, uma vez que relativiza o conceito e a função da lei.

Essas ponderações, todavia, não se mostram vigorosas o suficiente para afastar a adoção do princípio da proporcionalidade. A primeira crítica é rebatida adequadamente por Paulo Bonavides, para quem a limitação aos poderes do legislador em momento algum vulnera o princípio da separação dos poderes, uma vez que a esfera de autonomia, “a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada. Mas tudo isso, é óbvio, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição”<sup>168</sup>.

Ou seja, as limitações aos poderes do legislador não são estabelecidas pelo juiz, no caso concreto, mas pela própria Constituição, que prevê restrições ao poder normativo concreto do próprio Poder Legislativo. Em um Estado de Direito, o legislador não é soberano absoluto, encontrando na Constituição os limites de seu agir. O juiz, ao aplicar o princípio constitucional da proporcionalidade, nada mais faz do que adequar o agir do legislador aos princípios constitucionais, concretizando a subordinação da vontade do legislador aos preceitos objetivos da Constituição, o que não traduz uma substituição da vontade do legislador por sua vontade.

A impossibilidade de atuação do Poder Judiciário sobre as ações do legislador somente seria concebível em um sistema que atribuisse poderes absolutos e

---

<sup>168</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 1994, p. 282.

ilimitados ao Poder Legislativo, o que teria por consequência a total submissão dos direitos dos cidadãos à vontade ocasional do legislador, anulando toda e qualquer garantia previamente estabelecida pela Constituição em favor do cidadão.

A segunda crítica elaborada, no sentido de que a adoção do princípio da proporcionalidade implicaria insegurança jurídica, uma vez que se relativizaria o conceito de lei, da mesma forma, não pode ser acolhida. No ensinamento de Suzana de Toledo Barros, o princípio da proporcionalidade tem de ser entendido na estrutura dos direitos fundamentais<sup>169</sup> e somente deve ser aplicado em virtude da busca da maximização da proteção constitucional. O princípio da proporcionalidade não pode ser aplicado fora da idéia de sistema constitucional, o que quer dizer que ele não presidirá, de forma autoritária, o controle dos atos do legislador ou do administrador público, mas será acompanhado do respeito aos demais princípios constitucionais.

De outro lado, a exigência constitucional de fundamentação da decisão judicial afasta o discricionarismo judicial, ao agregar inegável carga de racionalidade ao processo decisório. A eventual diminuição da previsibilidade das decisões judiciais é amplamente compensada pela possibilidade de uma solução mais justa ao caso concreto, situação que se ampara legitimamente em um sistema constitucional que possui como centro de sua formação os direitos e garantias fundamentais.

Por fim, a questão que se coloca é a seguinte: é democrático um grupo de juízes, que não busca sua legitimação no voto popular, tomar decisões morais fundamentais

---

<sup>169</sup> BARROS, Suzana de Toledo. op. cit., 1996, p. 207.



em nome de toda a coletividade?

Como ensina o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Ruy Rosado Aguiar Jr.<sup>170</sup>, isso depende basicamente de como se define democracia. Trata-se de um governo da maioria? Se nos apegarmos a esse conceito, obviamente que a revisão judicial dos atos do legislativo é antidemocrática, por impedir que a maioria – representada pelo parlamento – tenha a lei que deseja ter.

De outro lado, democracia pode ser entendida não como o governo exercido pela maioria, mas por todas as pessoas agindo em conjunto, de modo que as maiorias eventuais não aniquilem as minorias, fazendo com que todos sejam responsáveis pelo resultado final. As leis – sejam ou não feitas pela maioria – devem obrigatoriamente tratar com igualdade, em seu aspecto material, a todos os cidadãos, como membros plenos de uma sociedade.

---

<sup>170</sup> AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas*. Palestra proferida no “V Congresso Internacional de Derecho de Daños”, realizado em 24 e 25 de abril de 1997, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

**CAPÍTULO III:**  
**A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**E AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**3.1. A Interpretação dos Preceitos Constitucionais**

**3.1.1. A interpretação constitucional e os direitos fundamentais**

Interpretar é realizar um processo de compreensão do Direito<sup>171</sup>. Acentua Juarez Freitas que interpretar uma norma é interpretar o sistema como um todo<sup>172</sup>. A hermenêutica jurídico-constitucional necessariamente deve pressupor a idéia de que a Constituição é um sistema aberto: conjunto interligado de princípios e regras que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência, de modo a evitar contradições entre as suas disposições. Interpretar é dar sentido concreto à norma jurídica. Segundo Gomes J. J. Canotilho , interpretar as normas constitucionais significa “*compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional*”<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 211.

<sup>172</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 53.

<sup>173</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1998, p. 1080.

Não se pode negar a existência de elementos peculiares que justifiquem uma hermenêutica constitucional. A Constituição, ao veicular a decisão política fundamental de um povo e fundar todo o sistema jurídico, deve encontrar na interpretação o método consistente para sua efetivação, pois, como ensina Paulo Bonavides<sup>174</sup>, a interpretação da Constituição se move no delicado plano da dicotomia: de um lado, o jurídico; de outro, o político, sendo a busca do equilíbrio entre os fatores o objetivo crucial do aplicador. Eleger-se como absoluto o critério político é esvaziar a Constituição de sua força normativa. Atribuir-se o caráter absoluto de norma implica negar a essência da Constituição, que é a vontade política suprema de uma nação.

A questão referente à interpretação constitucional representa uma grande disputa teórico-dogmática sobre o papel dos juízes quando da concretização da vontade constitucional: devem os juízes limitar-se a captar o sentido claro dos preceitos expressos na Constituição, preservando, perante a impossibilidade de extrair uma regra específica, a decisão política legislativa da maioria democrática? Ou os juízes, ao interpretarem a Constituição, necessariamente deverão valer-se de valores e princípios que fundamentam o próprio sistema?

Para Osmar Fernando de Medeiros<sup>175</sup>, há muito tempo o magistrado deixou de ser um mero aplicador de leis, pois a Constituição de 1988 *“permite uma atuação mais política ao Judiciário, fornecendo-lhe os meios de compatibilização do Direito com a realidade social, o que permite, se observando com a devida cautela e interesse, a*

---

<sup>174</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., 1997, p. 423.

<sup>175</sup> DOBROWOLSKI, Sílvia (org.). *A Constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 94.

*emergência devidamente reconhecida da realidade constitucional*”, pois a interpretação opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular, operando sua inserção na vida<sup>176</sup>.

Neste contexto insere-se a interpretação dos direitos fundamentais. Os métodos interpretativos tradicionais (gramatical, lógico, literal, dentre outros), considerados isoladamente, são totalmente inadequados à interpretação dos direitos fundamentais, que pressupõem uma interpretação inclusiva e emancipatória: os direitos fundamentais que privilegiam o cidadão incluído em uma sociedade democrática e pluralista.

A interpretação dos direitos fundamentais deve ter por pressuposto a máxima eficácia das disposições constitucionais, contribuindo decisivamente para criar a “vontade de constituição”, tão ausente em nossa sociedade, o que permite que se cometam absurdos contra a Constituição. Veja-se a situação atual das medidas provisórias, instrumento de exceção que ocupa totalmente o espaço do Poder Legislativo, introduzindo uma insustentável insegurança jurídica, totalmente atentatória ao Estado Democrático de Direito, o que evidencia, inclusive, a necessidade de pensar-se *“sobre a possibilidade de uma democratização na sistemática de acesso ao Supremo Tribunal, aliada à estipulação de um prazo para permanência na Corte”*<sup>177</sup>, pois essa prática do Executivo encontra-se amplamente respaldada pelo Supremo Tribunal Federal. Pesquisem-se as inúmeras Emendas efetuadas à Constituição de 1988, as quais chegaram ao ponto de desfigurar totalmente o

---

<sup>176</sup> GRAU, Eros Roberto. *A interpretação constitucional como processo*. Revista CONSULEX, Brasília: Consulex, ano I, n. 03, março 1997, p. 40-42, p. 41.

<sup>177</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. *A inflação legislativa e a jurisdição constitucional*. Revista Sequência, Florianópolis: CPGD/UFSC, n. 39, dezembro de 1999, p. 79-93, p. 93.

sistema da Carta Constitucional.

Interpretar os direitos fundamentais é, acima de tudo, conferir-lhes eficácia, impedindo-se que uma maioria eventual possa aniquilar importantes conquistas da sociedade brasileira. Implica ressaltar a dimensão normativa garantista do discurso constitucional brasileiro<sup>178</sup>, particularmente das disposições referentes aos direitos fundamentais.

### 3.1.2. Máximas tópicas de interpretação constitucional

Dentre os diversos preceitos que norteiam a interpretação constitucional, destacam-se os seguintes:

- a) **Máxima da unidade da Constituição:** de acordo com este princípio<sup>179</sup> interpretativo, todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a manter a coerência interna do sistema jurídico, evitando-se interpretações isoladas e casuísticas que possam gerar perplexidades normativas. A norma constitucional, sendo parte de um sistema, deve ser aplicada tendo-se presentes o seu contexto e sua co-relação com o conjunto<sup>180</sup>. A interpretação sistemática é o processo hermenêutico por

---

<sup>178</sup> CARDERMARTORI, Sérgio. op. cit., 1999, p. 172.

<sup>179</sup> Princípios aqui entendidos não como princípios-normas, mas como preceitos, máximas da interpretação constitucional.

<sup>180</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 274.

essência do Direito, no ensinamento de Juarez Freitas<sup>181</sup>, pois a interpretação jurídica é sistemática, ou não é interpretação;

b) **Preceito da máxima efetividade da Constituição:** interpretando-se a Constituição, deve-se ter por objetivo a maximização dos preceitos constitucionais, procurando sempre lhes atribuir o sentido que potencialize sua eficácia. No tocante aos direitos fundamentais, no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que lhes reconheça maior eficácia<sup>182</sup>.

c) **Máxima da concordância prática ou da harmonização:** nada mais significa do que a necessidade da convivência entre todos os direitos. A democracia, principalmente em uma sociedade complexa e plural, pressupõe a interligação dos direitos, e será função do intérprete impedir que o uso abusivo de uma posição jurídica acabe por aniquilar outra. Eventual conflito entre dois princípios constitucionais deve ser resolvido no campo do peso, no caso concreto, ponderando-se os interesses conflituosos, sendo presidida esta ponderação pela necessidade de harmonização dos direitos. O Supremo Tribunal Federal utilizou expressamente esse princípio quando do julgamento da Representação nº 1507-6. Cuidava-se do julgamento da constitucionalidade do artigo 15 da Lei nº 5.991/73, o qual tornava obrigatória a assistência de

---

<sup>181</sup> FREITAS, Juarez. op. cit., 1998, p. 55.

<sup>182</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., 1998, p. 1097.

farmacêutico nas farmácias e drogarias. Decidiu-se pela improcedência da representação, pois a norma que prevê a assistência do técnico responsável nas drogarias *“visa a concordância prática entre a liberdade do exercício do comércio de medicamentos e o seu controle, em benefício dos que visam tais medicamentos.”*<sup>183</sup>;

- d) **Máxima da força normativa da Constituição:** partindo-se de Konrad Hesse<sup>184</sup>, deve-se dar primazia às soluções interpretativas que, *“compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitem a atualização normativa, garantindo a sua eficácia e permanência”*<sup>185</sup>.
- e) **Máxima do efeito integrador:** quando da solução de eventuais conflitos interpretativos, deve-se atribuir superioridade aos critérios que favoreçam a integração política e social, bem como o reforço da unidade política, *“posto que essa é uma das finalidades primordiais da Constituição”*<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão Pleno, Rel. Min. Carlos Madeira, decisão em 22 de setembro de 1988, DJ. 09.12.88, Ementário nº 1527 – 1.

<sup>184</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

<sup>185</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 154.

<sup>186</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p.91.

### **3.2. O Caráter Concretizador dos Direitos Fundamentais das Decisões Jurisdicionais**

#### **3.2.1. O acesso à justiça**

A Constituição de 1988 dedicou-se com cuidado à defesa judicial dos direitos dos cidadãos (a chamada jurisdição constitucional), prevendo diversos institutos para conferir efetividade aos direitos elencados pela Carta Magna (ressaltam-se o habeas data, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo).

No que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, preservou a Constituição de 1988 o sistema misto, qual seja, conjugação do sistema americano (difuso) com o sistema austríaco (concentrado), ampliando-se, contudo, sobremaneira, a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade. O modelo concentrado de fiscalização da constitucionalidade das leis está previsto no artigo 102, I, 'a', da Constituição Federal, enquanto que o sistema difuso decorre da cláusula inserida em seu artigo 5º, XXXV.

Conforme assinalado por Luigi Ferrajoli, objetivando que as lesões aos direitos fundamentais sejam eliminadas, é imprescindível a garantia do acesso ao Poder jurisdicional, para que, ao lado de uma participação política nas atividades do governo, desenvolva-se uma importante e generalizada participação judicial dos cidadãos na tutela e na satisfação de seus direitos como instrumento tanto de autodefesa quanto de controle em relação aos poderes públicos<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> FERRAJOLI, Luigi. op. cit., 1997, p. 918.



Em verdade, fundamental no princípio do acesso à justiça é a sua conexão com a defesa dos direitos, pois reforça o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexecutabilidade por falta de meios judiciais, nas palavras de Gomes J. J. Canotilho<sup>188</sup>.

A Carta Política de 1988 fortalece e consagra um Poder Judiciário independente, guardião dos direitos fundamentais da pessoa humana, protetor da ordem constitucional democrática, com autonomia financeira e administrativa, com autogoverno.

A pesquisa estatística do acesso ao Poder Judiciário a partir da Constituição de 1988 evidencia o renascimento da consciência cidadã no povo brasileiro, uma vez que a crescente utilização de instrumentos judiciais de defesa dos direitos constitucionais veicula a contrariedade ao quadro institucional de violação às posições jurídicas. O **Supremo Tribunal Federal**, guardião máximo dos direitos constitucionais, bem demonstra esta alteração de postura alavancada pela denominada Constituição cidadã: após a promulgação da Constituição de 1988 até 05 de outubro de 1998, foram ajuizadas perante a Suprema Corte nada menos do que 1895 ações diretas de inconstitucionalidade, foram impetrados 503 mandados de injunção e 39 habeas data<sup>189</sup>.

No âmbito da Justiça Federal igualmente os números mostram-se esclarecedores.

---

<sup>188</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1998, p. 268.

<sup>189</sup> Estatística fornecida pelo departamento judiciário do Supremo Tribunal Federal.

Desde a criação do **Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, em 30 de março de 1989, foram impetrados, considerando-se a competência originária, 1.617 habeas corpus e 4.438 mandados de segurança<sup>190</sup>. Na Justiça Federal da Primeira Instância da Quarta Região é possível estabelecer um cristalino quadro comparativo: na **Seção Judiciária de Santa Catarina**, no período compreendido entre 25 de abril de 1967 (criação da Justiça Federal) a 31 de outubro de 1988 (promulgação da Constituição Federal), foram ajuizados 1.860 mandados de segurança e 162 habeas corpus; já no período compreendido entre 01 de novembro de 1988 até 18 de setembro de 1998, foram ajuizados 16.993 mandados de segurança e 112 habeas corpus<sup>191</sup>; na **Seção Judiciária do Rio Grande do Sul**, até o advento da Constituição de 1988 foram ajuizados 17.976 mandados de segurança e 398 habeas corpus; entre o advento da Constituição e 23 de setembro de 1998, foram ajuizados 46.408 mandados de segurança e 577 habeas corpus<sup>192</sup>; na **Seção Judiciária do Paraná**, no primeiro período antes mencionado, foram impetrados 5.125 mandados de segurança e 19 habeas corpus, sendo que, após a Constituição de 1988, foram ajuizados 31.662 mandados de segurança e 252 habeas corpus (até 23 de setembro de 1998)<sup>193</sup>.

A análise desses dados é conducente à conclusão de que houve uma efetiva maximização do acesso ao Poder Judiciário após o advento da Constituição de 1988, exteriorizando uma confiança do cidadão na efetividade dos instrumentos constitucionais de proteção aos direitos fundamentais. Todavia, junto com este crescimento substancial do

---

<sup>190</sup> Estatística fornecida pelo setor de distribuição processual do Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

<sup>191</sup> Estatística fornecida pelo setor de distribuição da Seção Judiciária de Santa Catarina.

<sup>192</sup> Estatística fornecida pelo setor de distribuição da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul.

<sup>193</sup> Estatística fornecida pelo setor de distribuição da Seção Judiciária do Paraná.

acesso à justiça, veio um dos maiores problemas apresentados pelo Poder Judiciário brasileiro na atualidade, qual seja, o da morosidade da prestação jurisdicional.

As causas da lentidão da justiça são de todos conhecidas: a) explosão de processos, decorrentes da reconquista da cidadania; b) forma inadequada de recrutamento dos juízes; c) desaparelhamento do apoio administrativo no primeiro grau; d) deficiência das leis processuais (formalismo excessivo e sistema irracional de recursos).

Para a plena eficácia dos direitos fundamentais, portanto, alternativas viáveis e urgentes devem ser encontradas para solucionar, definitivamente, este mal da democracia brasileira. Algumas soluções são apontadas pelos estudiosos:

**I. Interiorização da justiça, aproximando o juiz do jurisdicionado:**

essa solução passa necessariamente pela ampliação da estrutura física do Poder Judiciário, criando-se novas varas judiciais em locais descentralizados, principalmente em locais de difícil acesso, possibilitando ao cidadão o acesso à justiça sem a necessidade de longas e penosas movimentações. O fato de o magistrado estar perto do jurisdicionado inclusive reforça o vínculo de confiança no judiciário. Na Justiça Federal da Quarta Região (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná), essa proposição (da interiorização) está sendo concretizada com bastante seriedade, sendo que atualmente essa região da Justiça Federal é a mais interiorizada do país;

## **II. Investimento na estrutura administrativa do Poder Judiciário, com**

**ênfase na informatização das rotinas cartorárias:** não se pode mais conceber o magistrado exercendo suas atribuições constitucionais sem a menor estrutura administrativa a lhe dar suporte. Pode-se ver, ainda hoje, em plena era da informática, varas judiciais em que o equipamento mais moderno é a máquina de escrever manual. O correto desempenho da função jurisdicional pressupõe a integração do magistrado com o seu tempo: equipamentos de informática, rede mundial de computadores, informatização das rotinas cartorárias, assessoramento por serventuários de nível superior etc;

## **III. Melhoria no processo de recrutamento dos magistrados, com a**

**criação de escolas para magistrados:** a escolha do magistrado é um dos pontos legitimadores do Poder Judiciário perante a sociedade. Portanto, a importância é indiscutível. Devem-se agregar à transparência (que é pressuposto de um concurso público), métodos de seleção do magistrado que privilegiem a escolha dos vocacionados, inclusive com a utilização das modernas técnicas de recursos humanos. Importante mostra-se a experiência da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que estabeleceu a frequência à escola da magistratura como uma das etapas do concurso, possibilitando, dessa forma, aferir-se com maior precisão a capacidade do candidato;

#### **IV. Racionalização dos recursos processuais, impedindo-se práticas**

**protelatórias:** a adoção da súmula impeditiva de recurso e a efetiva aplicação de multa ao sujeito processual que abusar dos recursos processuais, protelando imotivadamente a satisfação do direito material, mostram-se métodos adequados à solução do problema. Não parece ser a melhor fórmula a adoção da chamada “súmula vinculante”, que consiste na proibição de os juízes e tribunais inferiores decidirem contrariamente ao enunciado sumular dos tribunais superiores. Trata-se de medida sem grande eficácia, pois pouco resolverá o problema da primeira instância (quando for editada a súmula os processos já foram julgados em primeiro grau de jurisdição) e poderá gerar um engessamento do direito incompatível com o Estado de Direito, impondo-se uma interpretação autoritariamente verticalizada, de cima para baixo.

#### **V. Ampliação dos juizados especiais de pequenas causas, inclusive no**

**âmbito da Justiça Federal:** neste aspecto, ressalta-se que a Emenda Constitucional nº 22/99<sup>194</sup> autorizou a criação dos juizados especiais de pequenas causas no âmbito da Justiça Federal, sendo que a matéria agora se encontra em discussão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça para proposição de projeto-de-lei regulamentador do dispositivo

---

<sup>194</sup> “Art. 1º. É acrescentado ao art. 98 da Constituição Federal o seguinte parágrafo único: ‘Art. 98.....; Parágrafo único. Lei Federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.’”

constitucional. De qualquer sorte, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, sediado em Porto Alegre, presidido pelo Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, firmou convênio com órgãos da administração pública federal para a imediata aplicação do juizado de pequenas causas cíveis em uma vara piloto, objetivando-se constatar na prática as virtudes/defeitos desse sistema processual<sup>195</sup>;

**VI. Valorização do juiz de primeiro grau:** esta questão passa necessariamente pela limitação da revisão dos atos decisórios do juiz de primeiro grau pelos Tribunais Superiores, até mesmo porque é o juiz de primeiro grau quem se encontra diretamente em contato com as partes e os litígios processuais que se estabelecem. A revisão, pelos Tribunais, das chamadas decisões interlocutórias proferidas pelo juiz deveria ser reservada a situações extremas, em que a manutenção da decisão poderia acarretar um dano irreparável a uma das partes. Não é, porém, o que se percebe atualmente. O recurso de agravo de instrumento, a partir de sua formatação atual, impetrado diretamente ao Tribunal, presta-se à revisão de toda e qualquer decisão proferida nos autos, transformando, muitas vezes, o Tribunal em juiz de instrução do feito, impondo àquela Corte um volume insuportável de atribuições diárias. O julgamento, pelo Tribunal, do acerto ou da incorreção do proceder processual do juiz de primeiro grau tem seu lugar adequado quando do recurso de

---

<sup>195</sup> Jornal do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ano V, n. 19, agosto 2000, p. 03.

apelação. Obviamente que não se está defendendo a extinção das medidas impugnativas aos atos judiciais, mas a racionalização dos recursos, objetivando-se a efetividade do direito processual;

**VII. Ampliação e consolidação dos poderes do Ministério Público na utilização da ação civil pública,** uma vez que na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, *“e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.”*<sup>196</sup>;

**VIII. Valorização das técnicas coletivas de defesa de direitos,** como o mandado de segurança coletivo<sup>197</sup>, a substituição processual<sup>198</sup> e a ação civil pública, percebendo-se claramente a sobreposição de uma atuação processual coletiva, pois os instrumentos comumente utilizados, centrados na defesa judicial dos direitos individuais, mostram-se inadequados à conflituosidade própria aos direitos coletivos e difusos (os denominados “novos direitos”: consumidor, meio-ambiente etc), o que está sendo bem apreendido pelos Tribunais Superiores: STJ, REsp

---

<sup>196</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RESP 0034155, Quarta Turma, DJ 11-11-96, p. 43713.

<sup>197</sup> Art. 5º da CF: “LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

<sup>198</sup> Art. 6º do CPC: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

0097684, Quarta Turma, DJ 02-03-1997, PG: 00732, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR<sup>199</sup>; STJ REsp 0105215, Quarta Turma, DJ DATA, 08-18-1997 PG: 37873, Rel. Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA<sup>200</sup>; STJ, REsp 0091269, Primeira Turma, DJ 09-08-1997 PG: 42431, Rel. Min. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA<sup>201</sup>.

No âmbito da Justiça Federal da Quarta Região, o problema da morosidade da prestação jurisdicional foi atacado de frente pela administração do Tribunal Regional Federal, adotando-se diversas soluções que acabaram por alterar completamente o quadro institucional antes vigente:

a) provimento de todos os cargos de juiz federal;

---

<sup>199</sup> Ementa: “Ação Civil Pública. Meio Ambiente. Interesse difuso. Ministério Público. Legitimidade *ad causam*. O Ministério Público tem legitimidade para promover Ação Civil Pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos. Recurso conhecido e provido.”

<sup>200</sup> Ementa: Processual Civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra-e-venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não-fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso Provido. I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula. II – Como já assinalado anteriormente, (Resp 34.155 – MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. III – Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas, que se encontram ligadas por circunstância de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica. IV – Direitos individuais homogêneos são aquelas que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.”

<sup>201</sup> Ementa: Ampliado o âmbito de atividade do Ministério Público para agir na defesa de direitos, sob a iluminação de relevante interesse público e social, alicerçada fica a sua legitimação para promover a ação civil pública na esteira da proteção invocada, espécie de direito difuso. A sua legitimidade é ponto luminoso no cenáculo constitucional das suas atividades (C.F. arts. 127 e 129, III – arts. 1º, IV e 5º, Lei nº 7.347/85).”



- b) interiorização da Justiça Federal com ampliação do número de varas federais (a Justiça Federal da Quarta Região, atualmente, é a mais interiorizada de todos o país);
- c) investimento na melhoria da estrutura material das varas federais, com destaque à informatização;
- d) qualificação do apoio administrativo ao juiz federal de primeira instância;
- e) projetos de mutirão para julgamento de processos em primeira instância (sentença) e em segunda instância (recursos);
- f) constante qualificação dos magistrados e servidores da Justiça Federal.

De outro lado, o combate à morosidade da justiça deve ser acompanhado pela adoção de medidas concretas ampliativas do direito de acesso à justiça, como, por exemplo, a efetivação da defensoria pública, apoio institucional às associações protetivas dos direitos dos cidadãos (consumidor, meio-ambiente etc), aproximação do Poder Judiciário da população, com adoção de experiências positivas de juizados itinerantes, pois a garantia do acesso à justiça pressupõe também dimensões de natureza prestacional, na medida em que o Estado deve criar mecanismos adequados (órgãos judiciários e processos) e praticar condutas concretas positivas (assistência jurídica gratuita, dispensa do pagamento de custas

processuais), com o objetivo de impedir a denegação da justiça decorrente da insuficiência econômica.

A proteção jurídica através dos tribunais implica, segundo Gomes J. J. Canotilho, a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada, um processo sem dilações indevidas. Adverte, porém, o mestre:

*“A ‘aceleração’ da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios – é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada (ex.: prazos em caso de Habeas Corpus, apreciação da prisão preventiva dentro do prazo de 48 horas, suspensão da eficácia de actos administrativos, procedimentos cautelares)”<sup>202</sup>.*

O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica, segundo ensinamento de Jorge Miranda<sup>203</sup>. Passados doze anos da Constituição Federal e cinquenta anos da declaração universal dos direitos do homem, defrontamo-nos com uma tarefa indeclinável, qual seja, tornar a eficácia dos direitos fundamentais uma realidade de toda a população brasileira, principalmente daquela parcela historicamente alijada do processo econômico e social.

O Poder Judiciário brasileiro cumpre importante papel concretizador dos

---

<sup>202</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., 1998, p. 454.

<sup>203</sup> MIRANDA, Jorge. op. cit., 1993, p. 232.

direitos fundamentais e, para fazer frente à crescente demanda pela prestação jurisdicional, deve modernizar-se, buscar soluções que o tornem ágil e confiável, transparente e democrático, eficiente e, acima de tudo, presente na vida do cidadão.

Não se pode mais conceber a declaração de direitos como uma mera carta de intenções, destituída de toda e qualquer utilidade prática.

### **3.2.2. A federalização da jurisdição envolvendo direitos humanos**

Firmando-se a jurisdição enquanto elemento agregador de eficácia aos direitos fundamentais, mostra-se fundamental a redifinição da competência judicial no que se refere à proteção aos direitos humanos (aqueles previstos em documentos internacionais dos quais é o Brasil signatário). Com efeito, a competência da Justiça Federal (Poder Judiciário da União) encontra-se delimitada no artigo 109 da Constituição. Em se tratando de crimes previstos em tratado ou convenção internacional, a Justiça Federal somente é competente para processar e julgar o feito quando houver algum liame internacional (iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente).

Desse modo, as violações aos direitos humanos ocorridas no país, sem que haja a conexão suso-mencionada, são da competência da Justiça Estadual, sem a interferência dos poderes da União.

Nesse aspecto, justamente, reside a necessidade de transferir-se a competência para a Justiça Federal, órgão da União. A responsabilidade internacional pela

violação/proteção dos direitos humanos é exclusiva da União, consequência lógica do sistema federativo.

Para prevenção da União contra eventual responsabilização perante as Cortes Internacionais, urge a modificação da competência jurisdicional, para que se atribuam ao Poder Judiciário Federal o processo e julgamento de crimes já definidos em Tratados e Convenções Internacionais, os quais o País se obrigou a prevenir e punir, impedindo-se, com isso, que a União seja eventualmente responsabilizada por atos de terceiros, no caso os Estados-membros.

Nesse sentido, tramita pelo Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 368/96, que altera a competência constitucional da Justiça Federal, para que a ela fique cometido o processo e julgamento dos crimes de violação de direitos humanos, sendo que já foram apresentados diversos substitutivos. Sem dúvida, trata-se de questão que deve ser amplamente discutida, por estar ligada diretamente à proteção e efetivação dos direitos humanos no âmbito interno.

### **3.3. A função constitucional do Supremo Tribunal Federal**

A Carta Política de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a “*missão precípua de ‘guarda da Constituição’, ou seja, de tribunal constitucional por excelência (art. 102, I a III, e respectivas alíneas)*”<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> SOARES, Orlando. op. cit., 1999, p. 462.

O sistema constitucional vigente, em sintonia com sua própria tradição, e guardando forte semelhança, nesse aspecto, com o esquema norte-americano, em que pese as substanciais diferenças culturais, sociais, econômicas dos respectivos contextos, consagra ao Poder Judiciário o **judicial control**, a capacidade de, em cada caso concreto, decidir e decretar a inconstitucionalidade das leis, decretos, regulamentos, atos dos Poderes Públicos e questões, em geral, submetidas ao seu crivo, competindo-lhe, com exclusividade, o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos<sup>205</sup>.

A Constituição de 1988 delegou ao Supremo Tribunal Federal o efetivo papel de guardião da Constituição. Outorgou-lhe atribuições de controle da constitucionalidade dos preceitos normativos infraconstitucionais e, mais importante, confiou-lhe a função de tornar eficazes os dispositivos constitucionais (mandado de injunção), relevante tarefa que a Suprema Corte insiste em não desempenhar adequadamente.

No que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, preservou a Constituição de 1988 o sistema misto, qual seja, conjugação do sistema americano (difuso) com o sistema austríaco (concentrado), ampliando-se, contudo, sobremaneira, a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade. O modelo concentrado de fiscalização da constitucionalidade das leis está previsto no artigo 102, I, 'a', da Constituição Federal, enquanto que o sistema difuso decorre da cláusula inserida em seu artigo 5º, XXXV.

No denominado sistema austríaco de controle da constitucionalidade, a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a

---

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Moreira Alves, ADIMC-221/DF, DJ 22/10/93, p. 22251.

um único órgão, com exclusão de quaisquer outros. A idéia de um controle concentrado da constitucionalidade das normas está ligada ao nome do austríaco Hans Kelsen. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade de uma lei ou norma com a Constituição não se discute qualquer caso concreto.

O controle normativo abstrato da constitucionalidade constitui processo de natureza objetiva, uma vez vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional, não se discutindo situações individuais, sendo que a tutela jurisdicional de situações individuais – uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional – há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo interesse<sup>206</sup>.

A medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade exterioriza, ordinariamente, eficácia ‘ex nunc’, ou seja, com efeitos para o futuro (RTJ, 124/80). Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia ‘ex tunc’ (efeitos pretéritos), o que deve ser expressamente declarado no acórdão concessivo da medida.

Esse método de controle da constitucionalidade é exclusivo do Supremo Tribunal Federal. Todavia, o STF também exerce a guarda da Constituição pelo sistema do caso concreto, através da via recursal: na hipótese de uma decisão de tribunal inferior

---

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello, ADIn 1434/SP, DJ 22.11.96, p. 45684.

envolver a interpretação da Constituição, pode o STF ser chamado a dizer definitivamente a vontade Constitucional.

### **3.4. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e as Restrições a Direitos Fundamentais**

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, enfrentou a questão relativa às restrições aos direitos fundamentais, fazendo surgir uma jurisprudência constitucional bastante efetiva na proteção aos direitos fundamentais. Colhem-se inúmeras decisões da Suprema Corte em que é invocada a necessidade da convivência prática entre os direitos, buscando-se na ponderação um critério adequado à solução de conflitos entre direitos fundamentais.

De outro lado, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, embora sem exposto assento constitucional, foram amplamente manejados pela Corte constitucional, atribuindo-lhes a essencial função de limitar a intervenção restritiva dos direitos fundamentais. Não se pode concluir que o STF tenha atribuído conceituações distintas a esses dois princípios, exteriorizando as fundamentações das decisões que o conteúdo concreto seja idêntico.

Para a mesma função constitucional, ora se utiliza o princípio da proporcionalidade, ora se utiliza o princípio da razoabilidade. Em verdade, cláusulas de vedação do excesso. Esta falta de precisão terminológica (presente também na doutrina), no

entanto, não chega a comprometer a qualidade da jurisprudência do STF, a qual se mostra bastante clara no que se refere à plena aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 191532/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, ao enfrentar a possibilidade da revisão de tarifas do transporte coletivo (concessão de serviço público municipal), a Corte Constitucional brasileira adotou, como razão de decidir, a **ponderação** (abwagung) entre os direitos, como forma de convivência harmônica das pretensões, orientada pelo princípio da razoabilidade<sup>207</sup>. Aqui se discutia a necessidade de haver, no caso concreto, uma ponderação entre os direitos litigiosos, sempre com o objetivo de evitar o aniquilamento de posições jurídicas.

De outro lado, o conteúdo do princípio da **razoabilidade** restou determinado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos Embargos em Recurso Extraordinário nº 199066/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, ao se decidir que o princípio da razoabilidade é conducente a “*presumir-se o que ocorre no dia-a-dia e não o*

---

<sup>207</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: “Concessão de serviço público municipal de transporte coletivo. Revisão de tarifas. Questionamento relevante da validade de cláusula do contrato de concessão que a determina sempre e conforme os mesmos índices da revisão das tarifas do mesmo serviço deferida no município da capital. O reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de **ponderação** entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do segmento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário: não parece **razoável**, à vista do art. 30, V, CF, que o conteúdo da decisão política do reajustamento de tarifas do serviço de transportes de um município, expressão de sua autonomia constitucional, seja vinculada ao que, a respeito, venha a ser decidido pela administração de outro.”



*extravagante*”<sup>208</sup>.

Em acórdão paradigmático<sup>209</sup>, a Corte Constitucional brasileira, ao enfrentar o disposto no artigo 86 da Lei nº 4.215/63, que determinava o impedimento dos magistrados e membros do Ministério Público, dentre outros, para o exercício da advocacia no prazo de dois anos do ato que os afastou da função, declarou a inconstitucionalidade da norma jurídica, por se tratar de restrição a direito sem amparo no princípio da razoabilidade: não se encontrava, dentre os fundamentos que deram ensejo à criação legislativa, motivação razoável a justificar a restrição a um direito constitucional.

Em outro acórdão<sup>210</sup>, o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar questão envolvendo taxa judiciária, amparando-se no princípio da proporcionalidade, decidiu sobre a necessidade de haver uma equivalência aproximada entre o valor da taxa e o custo da atividade estatal exercida. Quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 18.331, em 21 de setembro de 1951, igualmente enfrentando o tema “*majoração excessiva de impostos*”, envolvendo o exercício do poder de taxar e seus limites, o Supremo Tribunal Federal aplicou

---

<sup>208</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: “PRINCÍPIO DA **RAZOABILIDADE**. O princípio da **razoabilidade** é conducente a presumir-se o que ocorre no dia-a-dia e não o extravagante. Estando o instrumento de mandato, a procuração, subscrito por quem se diz representante da pessoa jurídica, mencionando o cargo ocupado no âmbito da respectiva administração, não há como presumir-se a irregularidade. A parte contrária, visando a demonstrar a falsidade, há de asseverar a improcedência do que consignado, provocando um incidente de falsidade. Isso não ocorrendo, prevalece a presunção alusiva à boa procedência do que conste da citada peça” (DJ, 01.08.97, p. 33483, Ementário vol. 01876-07, p. 1584).

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1054-DF, Rel. Min. Moreira Alves. Hoje, interessante observar que pelo menos os meios de comunicação social têm questionado o fato de alguns Magistrados e membros do Ministério Público advogarem no dia seguinte ao ato de aposentadoria, dada a inexistência de impedimento legal. Questiona-se tal atividade de agentes políticos, mesmo após a aposentadoria, à luz da moralidade, eis que haveria uma facilitação inerente ao cargo antes ocupado. Na verdade, o que se deve coibir é o tráfico de influência, não o exercício de uma nova atividade profissional por aquele que já está aposentado.

<sup>210</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.077 – RJ, Rel. Min. Moreira Alves.

o princípio da proporcionalidade, decidindo que o poder de taxar não pode chegar ao extremo do poder de destruir, regra que veda o abuso e o excesso<sup>211</sup>.

No julgamento da ADIN 1158-8<sup>212</sup>, Relator Ministro Celso de Mello, valeu-se a Suprema Corte do critério da razoabilidade, embasado na cláusula do '*substantive due process of law*' do direito americano, decidindo pela inconstitucionalidade de norma estadual que concedia o benefício da gratificação de férias a servidores inativos, uma vez ausente justificativa razoável para a elaboração do ato legislativo estatal.

---

<sup>211</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Orosimbo Nonato.

<sup>212</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS. VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOÁVEL E DESTITUÍDA DE CAUSA – LIMINAR DEFERIDA. A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da *razoabilidade* que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do '*substantive due process of law*', como insuperável limitação ao poder normativo do Estado." A fundamentação do acórdão, de autoria do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, aprofunda o entendimento da Suprema Corte: "Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável."

"A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de *razoabilidade*."

"Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal."

No julgamento da ADIN 855/PR<sup>213</sup>, o Supremo Tribunal Federal reforçou a doutrina brasileira que identifica os conceitos dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atribuindo-lhes o mesmo significado semântico, declarando a inconstitucionalidade de norma estadual que determinava a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato da diferença a menor. Entendeu-se que a norma atacada estabeleceu uma obrigação desproporcional na busca da proteção dos direitos do consumidor, impondo grave restrição ao direito dos estabelecimentos responsáveis pela comercialização do gás liquefeito de petróleo. Nesse caso, a doutrina invocada pelo voto condutor do Relator Ministro Sepúlveda Pertence estabelece de

---

<sup>213</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: “Gás Liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, parágrafo 2º, 238, além de violação ao **princípio de proporcionalidade e razoabilidade** das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.” (ADIMC-855/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 01.10.93, p. 20212, Ementário vol. 1719-01, p. 71). O acórdão, de lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, encontra-se assim vazado: “E, a partir desses dados de fato, invoca conferência de Gilmar Ferreira Mendes, no Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, 1992, da qual transcreve (f. 16):

*‘Não basta, todavia, verificar se as restrições estabelecidas foram baixadas com observância dos requisitos formais previstos na Constituição. Cumpre indagar, também, se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade).*

*‘Embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis.*

*‘O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade no controle das leis restritivas, tal como se depreende da seguinte passagem de voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin, na Rp. nº 930:*

*“Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não”.*

*‘Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostra-se, aplicável a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos. O reconhecimento da competência do Poder Judiciário para “apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público” demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da “lei consigo mesma”, tendo em vista os fins constitucionalmente perseguidos’.*”

forma precisa os contornos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, elegendo-os enquanto critérios limitadores do poder estatal legiferante.

Ao conhecer da ADIN 1326/SC<sup>214</sup>, a Corte Constitucional brasileira enfrentou uma das questões mais relevantes em matéria de restrições a direitos fundamentais com fundamento no princípio da razoabilidade. Estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei (princípio da isonomia), objetivando-se, com isso, afastar odiosa discriminação que tantos malefícios já produziu à humanidade. A questão concreta que surgiu diz respeito ao acesso aos cargos públicos: pode a lei estabelecer requisitos limitadores (idade mínima e máxima, determinada formação universitária, altura determinada etc) para o acesso aos cargos públicos? A questão, evidentemente, não é de pronta solução.

O caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal mostra-se o mais adequado, pois propõe uma solução que depende das circunstâncias do caso concreto, orientada pelo manejo do princípio da razoabilidade. Ou seja, é possível à legislação infraconstitucional estabelecer discriminação desde que o faça de forma razoável, em virtude das necessidades e peculiaridades da função pública a ser provida por concurso. Somente se

---

<sup>214</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.09.97, p. 47475: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REQUISITOS PARA INGRESSO. Lei Complementar 81, de 10.03.93, do Estado de Santa Catarina. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. C. F., art. 5º; art. 22, I e XVI; art. 37, I.

I – Servidores públicos estaduais estatutários: ao Estado-membro cabe legislar, observados os princípios constitucionais federais relativos ao serviço público. Impertinência da invocação da competência legislativa da União inscrita no art. 22, I e XVI.

II – Pode o legislador, observado o princípio da *razoabilidade*, estabelecer requisitos para a investidura em cargo, emprego ou função pública. C.F., art. 37, I. Inocorrência de ofensa ao princípio da isonomia no fato de o legislador estadual ter exigido, para o provimento de cargos de Auditor Interno, Escrivão de Exatoria, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exator e Fiscal de Tributos Estaduais, que os candidatos fossem diplomados em Direito, Administração, Economia ou Ciências Contábeis.”

justifica o ferimento ao princípio da isonomia se a discriminação for essencialmente necessária (inafastável), sendo este o limite a ser respeitado pelo legislador. No Recurso Extraordinário nº 148095/MS<sup>215</sup>, Relator Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal, através de sua Segunda Turma, decidiu ser razoável a exigência, em se tratando de concurso público para agente de polícia, de que o candidato tenha altura mínima de 1,60m, em virtude das particularidades do exercício do cargo de policial, as quais tomam necessárias e justificadas as discriminações apontadas. Nesta mesma trilha interpretativa a Corte Constitucional brasileira admitiu a possibilidade de a lei estabelecer idades mínimas e máximas para o ingresso na função pública, desde que os parâmetros sejam estabelecidos com base no princípio da razoabilidade, ou seja, da necessidade decorrente das particularidades do cargo a ser exercido<sup>216</sup>.

A razoabilidade igualmente foi acenada como critério limitador da atividade legislativa estatal nos autos da ADIN – 489/DF<sup>217</sup>, oportunidade em que se enfrentou a

---

<sup>215</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ DATA-03-04-98 P. 00014 EMENT VOL-01905-05 P.00865.

<sup>216</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “CONCURSO PÚBLICO. DEFENSORIA DE OFÍCIO DA JUSTIÇA MILITAR. LIMITE DE IDADE. LEI N. 7.384/85 (art. 4º, II). ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 39, PAR. 2º, C/C ART. 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público (CF, art. 39, par. 2º, c/c art. 7º, XXX), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido. O tema concernente a fixação do limite de idade para efeito de inscrição em concurso público e de preenchimento de cargos públicos tem sido analisado pela jurisprudência desta Corte em função e na perspectiva do critério da *razoabilidade*. Precedentes: RTJ 135/528 – RTJ 135/958.” (RMS 21045/DF - Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.09.94, p. 26169, ementário vol. 01760-01, p. 185).

<sup>217</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Servidor público estadual: legislação que manda contar em dobro o tempo de serviço como secretário de Estado ou assemelhado para o cálculo do período legal necessário a incorporação do valor da remuneração do cargo em comissão aos vencimentos do cargo efetivo ou aos correspondentes proventos de aposentadoria: arguição de inconstitucionalidade fundada no princípio constitucional da isonomia: relevância da questão, embora complexa e delicada, como soi, quando se cuida de verificar a *razoabilidade* ou não da distinção legal de situações de fato: conseqüente rigor na aferição do ‘periculum in mora’ para a concessão da suspensão liminar da lei questionada, que, na espécie, não é de proporção tal que a autorize: denegação da medida cautelar pelo relator, referendada pelo Tribunal.” (DJ 22.11.91, p. 16845).

constitucionalidade de legislação estadual que determinou contar em dobro o tempo de serviço como Secretário de Estado para o cálculo legal necessário à incorporação do valor da remuneração do cargo em comissão aos vencimentos do cargo efetivo. A inconstitucionalidade não restou vislumbrada de plano, uma vez que a verificação da razoabilidade (justificação plausível), ou não, da afronta ao princípio constitucional da isonomia nas diversas situações de fato apresentadas não se fez demonstrar de plano, em juízo liminar, permanecendo a presunção de constitucionalidade do ato legislativo.

Em outra oportunidade, quando do julgamento da ADIN 223-DF<sup>218</sup>, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da possibilidade de a norma legal restringir ou, até mesmo, excluir a possibilidade de concessão de medidas liminares em processos judiciais. O princípio da razoabilidade foi utilizado como critério justificador da imposição das limitações legais à ampla defesa dos direitos perante o Poder Judiciário. Nesse passo, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reiterou sua jurisprudência sobre o assunto quando

---

<sup>218</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A MEDIDA PROVISÓRIA 173, DE 18.3.90, QUE VEDA A CONCESSÃO DE ‘MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA E EM AÇÕES ORDINÁRIAS E CAUTELARES DECORRENTES DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NÚMEROS 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 E 168’: indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado: razões dos votos vencedores. Sentido da inovadora alusão constitucional a plenitude da jurisdição contra a ameaça a direito: ênfase a função preventiva de jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário, o poder de cautela liminar. Implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do poder judiciário. Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. A tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal. Conseqüente necessidade de controle da **razoabilidade** das leis restritivas ao poder cautelar. Antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteúdo. Critério de **razoabilidade** das restrições, a partir do caráter essencialmente provisório de todo provimento cautelar, liminar ou não. Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta a plenitude da jurisdição e ao poder judiciário. Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a **razoabilidade**, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada.” (Relator Ministro Paulo Brossard; Publicação DJ data-29-06-90 pg-06218 ementário vol-01587-01 pg-00001; julgamento 05/04/1990 - Tribunal Pleno – votação por maioria: indeferido).

do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04, decidindo pela plena constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, segundo o qual se aplicam à tutela antecipada as restrições previstas nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348/64, no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei 5.021/66, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.347/92, os quais, fundamentalmente, veiculam sérias limitações à concessão de medidas antecipatórias pelo Poder Judiciário contra o Poder Público.

Ainda em matéria processual civil, nos autos da ADI – 1753/DF<sup>219</sup>, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a ampliação do prazo para proposição de ação rescisória pelo Poder Público (de dois para 5 anos), uma vez caracterizado privilégio afrontoso ao princípio da igualdade das partes no processo que não se sustenta na medida da razoabilidade ou da proporcionalidade (não se demonstrou, quando da elaboração da lei, a necessidade concreta justificadora da discriminação).

---

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e parág. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças – indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parág. único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida.

1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível, e, quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa.

2. A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da **razoabilidade** ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público. (DJ 12.06.98, p. 00051)

O não auferimento, por parte do Estado, de vantagem ilícita, em se tratando de sistema tributário, decorre da aplicação concreta do princípio da razoabilidade, segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos autos do agravo nº 203186/SP, Relator Ministro Marco Aurélio<sup>220</sup>, pois *“surge harmônico com o sistema tributário nacional decisão no sentido de o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ser calculado considerado o valor do negócio jurídico decorrente da deflação. Tomar-se como base o valor primitivo implica menosprezo aos princípios da realidade e da razoabilidade, alcançando a Fazenda do Estado verdadeira vantagem sem causa”*.

Consoante consignado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADIMC-1813/DF, onde se alegava a inconstitucionalidade do preceito do parágrafo 2º do artigo 10 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (lei eleitoral que vincula o número de candidatos por partido às vagas destinadas à representação do povo do Estado na Câmara dos Deputados), os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram-se ínsitos na Constituição Federal de 1988, transformando-se em critérios para aferir-se a constitucionalidade dos preceitos normativos<sup>221</sup>.

Importante precedente jurisprudencial encontra-se no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC-76060/SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, de questão envolvendo a submissão compulsória, em virtude de decisão judicial, ao

---

<sup>220</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. DJ DATA-12-06-98 P. 00056 EMENT VOL-01914-05 P. 00876.

<sup>221</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ementa. ELEIÇÕES - CANDIDATOS - NÚMERO - DEFINIÇÃO. Ao primeiro exame, não surge a relevância de pedido no sentido de suspender-se preceito de lei que vincula o número de candidatos por partido às vagas destinadas à representação do povo do Estado na Câmara dos Deputados. Harmonia do preceito do § 2º do artigo 10 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, regedora das eleições de 1998, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ínsitos na Carta da República. (DJ DATA-05-06-98 P. 00002 EMENT VOL-01913-01 P. 00063).



fornecimento de sangue para pesquisa de DNA em demanda investigatória de paternidade, onde os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foram utilizados enquanto critérios limitadores da ação judicial. Nesse caso, está-se diante de um conflito de direitos constitucionais: de um lado, o direito da criança em saber a identidade de seu pai; de outro, a dignidade pessoal da pessoa investigada. A solução, adotada pelo acórdão, utiliza a ponderação concreta, iluminada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aponta a supremacia, no caso concreto, de um dos direitos em detrimento do outro, no caso, o direito da dignidade pessoal de não ser submetido, compulsoriamente, à retirada de sangue<sup>222</sup>.

A razoabilidade enquanto critério orientador da atividade administrativa, limitador do desvio de poder, foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir, nos autos do RE 192568-O, Relator Marco Aurélio, que a realização de concurso público traz em seu bojo a presunção do preenchimento das vagas existentes, não podendo a administração, sem justificativa plausível, deixar de nomear parte dos candidatos aprovados e convocar, após o prazo final de validade do certame, novo concurso público, tendo a sua disposição um meio mais célere e menos dispendioso para os cofres públicos, qual seja, a prorrogação do prazo do

---

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende — de resto, apenas para obter prova de reforço — submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria. (DJ DATA-15-05-98 P. 00044 EMENT VOL-01910-01 P.00130).

concurso<sup>223</sup>.

No sentido de que há profunda similitude entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ambos utilizados como limitadores das atividades legislativas, judicial e administrativa, colhem-se, ainda, as orientações do Supremo Tribunal Federal: HC Nº 45.232<sup>224</sup>; Representação nº 930<sup>225</sup>; RE 99103<sup>226</sup>; AGRAG 194188/RS<sup>227</sup>.

Assim, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal assenta-se na premissa de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são importantes instrumentos para efetuar o controle da atividade restritiva, seja aquela efetuada pelo legislador, seja aquela levada a efeito pelo administrador público.

---

<sup>223</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "CONCURSO PÚBLICO. VAGAS. NOMEAÇÃO. O princípio da *razoabilidade* é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. 'Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias' (Celso Antônio Bandeira de Mello, 'Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta', página 56)." (Segunda Turma, DJ 13.09.96.)

<sup>224</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ nº 44, p. 322.

<sup>225</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 2.09.1977.

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "CREA. TÉCNICOS EM EDIFICAÇÃO. ATRIBUIÇÕES. *Razoabilidade* do entendimento segundo o qual a restrição imposta aos Técnicos em edificação, proibindo-os de projetar e construir moradias econômicas (ato nº 30, de 1979), é legítima, porque modificou uma autorização dada em caráter precário. Recurso Extraordinário não conhecido." (Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 21.10.83, p. 16305, ementário vol. 1313-02, p. 293).

<sup>227</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ DATA-15-05-98 P.00048 EMENT VOL-01910-04 P.00717.

Em síntese, na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível distinguir duas fases distintas no que se refere à adoção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na primeira fase, o emprego desses critérios “no controle das atuações públicas – legislativas e administrativas - valeu-se do Direito Comparado”<sup>228</sup>. Na fase subsequente, a jurisprudência passou a extrair os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade dos princípios constitucionais brasileiros, muitas vezes buscando sua fundamentação no princípio da igualdade<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 140. A autora ainda agrega uma terceira fase na evolução histórica da jurisprudência do STF no manejo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: interferência da interpretação americana da cláusula do devido processo legal.

<sup>229</sup> MORAES, Germana de Oliveira. op. cit., 1999, p. 140.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação teve por objetivo investigar as restrições aos direitos fundamentais, operando-se uma conexão entre a teoria dos direitos fundamentais e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A partir do estudo doutrinário, pôde-se constatar que os direitos fundamentais cumprem importante papel garantidor de posições jurídicas básicas do cidadão, a partir de uma dupla acepção: a) direitos negativos, nos quais se estabelece uma relação de antítese entre o Estado e o cidadão, impondo ao Estado o dever de respeitar posições jurídicas fundamentais do cidadão, omitindo-se de praticar atos que atentem contra esses direitos; b) direitos promocionais, segundo os quais deve o Estado praticar ações concretas para a satisfação de alguns direitos básicos do cidadão, como saúde, educação, moradia, trabalho etc, sendo que nesses casos o Estado cumpre a função de promover o bem comum.

O surgimento de novos direitos (direitos fundamentais de terceira e quarta gerações) fez também evoluir a própria concepção de direitos fundamentais, deslocando-se o centro das atenções do indivíduo para a coletividade, sem que isso implique aniquilamento dos direitos até então conquistados.

Para garantir a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, mostra-se imprescindível que se conceba o Direito Constitucional como um sistema normativo, composto por princípios e regras jurídicas.

A partir de uma concepção “principalista” da Constituição, é possível superar conflitos jurídicos e conceber uma adequada aplicação dos preceitos constitucionais, fazendo com que as disposições da Constituição possam interagir com a realidade concreta.

Como os princípios são dotados da cláusula de potencialização, os preceitos constitucionais devem ser aplicados na melhor forma possível, tendo-se por parâmetro as condições políticas, sociais e econômicas vigentes à época da aplicação. Com isso, impede-se que a Constituição seja uma mera carta de intenções, sem a mínima eficácia social, vale dizer, sem capacidade de fazer alterações na realidade concreta. De outro lado, implica deva a Constituição estar vinculada ao momento histórico de seu povo, pois a aplicação dos princípios também é delimitada pela cláusula do possível.

As restrições aos direitos fundamentais encontram adequada solução no âmbito de uma teoria dos princípios. A possibilidade teórica das restrições é inafastável, uma vez que os direitos convivem entre si numa sociedade democrática, estabelecendo limitações que têm por objetivo a harmonização das posições jurídicas. A solução de conflito entre princípios resolve-se no campo do peso, ou seja, no caso concreto deve prevalecer o princípio que melhor resolve o problema proposto, a partir da regra da ponderação. A escolha de um princípio em detrimento de outro não implica decretar-se a invalidade do princípio preterido, mas importa a conclusão de que um princípio, naquelas situações, resolve melhor o conflito,

sendo que outra pode ser a solução em se alterando as condicionantes concretas. O conflito entre regras jurídicas somente pode ser resolvido no campo da validade: ou a regra jurídica vale e deve ser aplicada, ou não possui validade e deve ser afastada, resolvendo-se a questão a partir das regras de solução de antinomias jurídicas.

Dessa forma, é possível que se concebam as seguintes hipóteses de restrições aos direitos fundamentais:

1. Restrições implícitas (limites imanes): são as restrições que não se encontram expressamente previstas na Constituição, mas que decorrem da necessária convivência entre os direitos fundamentais, situação em que um direito acaba por limitar o outro direito;
2. Restrições que decorrem direta e expressamente da Constituição: a própria Constituição, ao conferir o direito, estabelece a hipótese de restrição. Ou seja, o direito é conferido agregado a sua restrição;
3. Restrições cuja imposição pela lei infraconstitucional está autorizada pela Constituição: nessa hipótese restritiva, a Constituição expressamente autoriza que a restrição ao direito fundamental seja imposta pela legislação infraconstitucional, sendo o controle da constitucionalidade dessas restrições efetuado através do princípio da proporcionalidade;

4. Restrições cuja imposição pelo Poder Judiciário está autorizada pela Constituição: essa hipótese de autorização constitucional para limitação aos direitos fundamentais embasa-se no poder conferido ao magistrado diretamente pela Constituição na qualidade de agente político integrante de um dos poderes da República. Com efeito, a peculiaridade dessa espécie de autorização reside no fato de que cabe ao Poder Judiciário, no exercício de sua função típica (jurisdição), preencher, no caso concreto, respeitadas as garantias constitucionais, os elementos fáticos e jurídicos autorizadores da mitigação dos direitos fundamentais. A Constituição, ao prever a possibilidade da restrição ao direito, descreve, abstratamente, os pressupostos de sua incidência, delegando ao magistrado a adequação concreta destes postulados: a restrição somente pode ser constatada a partir da junção de dois fenômenos distintos, quais sejam, a previsão constitucional abstrata e a fundamentação concreta do juiz.

O princípio da proporcionalidade demonstra ser método adequado ao controle das atividades restritivas aos direitos fundamentais. A opção pelo princípio da proporcionalidade em detrimento ao princípio da razoabilidade é decorrente de sua gênese, mais adequada ao direito brasileiro. Com efeito, o princípio da proporcionalidade é oriundo do direito alemão, diretamente ligado ao princípio da legalidade, enquanto que o princípio da razoabilidade é cláusula jurisprudencial (devido processo legal), originada no direito americano.

A conexão entre a doutrina dos direitos fundamentais e a atividade dos juízes foi efetuada a partir da pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre as restrições aos direitos fundamentais.

A partir do estudo de diversos precedentes judiciais, exarados em diversas áreas do direito, pôde-se concluir que o Supremo Tribunal Federal utiliza amplamente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como cláusulas de controle das atividades restritivas aos direitos fundamentais. Não se conseguiu perceber nas decisões pesquisadas uma precisão conceitual da Suprema Corte no que se refere a esses dois princípios, sendo possível concluir que ambos os conceitos são utilizados como sendo detentores do mesmo conteúdo teórico.

O Supremo Tribunal Federal, respondendo-se ao questionamento inicial, utiliza critérios rígidos quando enfrenta a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, consistente na inequívoca demonstração da necessidade da restrição. Ou seja, um direito constitucional somente pode ter sua órbita de aplicação diminuída se isso for absolutamente necessário à proteção de outros direitos constitucionais.

Assim, o Poder Judiciário assume relevante papel concretizador dos direitos fundamentais, fazendo um efetivo controle das atividades restritivas a esses direitos, impedindo que os direitos constitucionais sejam aniquilados a partir de uma intervenção restritiva não autorizada pela Constituição.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas*. Palestra proferida no “V Congresso Internacional de Derecho de Daños”, realizado em 24 e 25 de abril de 1997, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira*. Brasília: Senado Federal, 1992, edição fac-similar dos Comentários à Constituição Federal de 1981.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. vol. V. São Paulo: Saraiva, 1934.

\_\_\_\_\_. *Trabalhos Jurídicos – Obras seletas*. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, vol. XI, 1962. BARBOSA, Ruy. *Trabalhos Jurídicos – Obras seletas*. Rio de Janeiro: Casa de

Ruy Barbosa, vol. XI, 1962.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. IV Volume, São Paulo: Saraiva, 1933.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 1996, p. 169.

\_\_\_\_\_. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BARROSO, Luiz Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 336, out/dez 1996, p.125/136.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_\_. *A idéia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais, v. 34, n. 34, 1994, p. 275/291.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público e análise da Constituição do Império*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de documentação, 1958.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARDERMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdade, desigualdades*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: RT, n. 1, p. 69-83.

DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a lei e "due process of law"*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, abril 1948, p. 21-31.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOBROWOLSKI, Sílvio (org.). *A Constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

\_\_\_\_\_. *A inflação legislativa e a jurisdição constitucional*. Revista Sequência, Florianópolis: CPGD/UFSC, n. 39, dezembro de 1999, p. 79-93.

DIREITOS HUMANOS. *Instrumentos Internacionais e documentos diversos*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1996.

DÓRIA, Sampaio A. *Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 3. vol., 1960.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

FAGUNDES, M. Seabra. *A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil Republicano*. Revista de Direito Público, São Paulo: RT, n. 23, jan/mar 1973, p. 103-111.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. 2.ed. Madrid: Editorial Trota, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Significação e alcance das 'cláusulas pétreas'*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, v. 3, n. 13, out/dez 1995, p. 05-10.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *História Breve do Constitucionalismo no Brasil*, Revista de Direito Público, São Paulo: RT, n. 3, jan/mar 1968, p. 62-98.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *A interpretação constitucional como processo*. Revista CONSULEX, Brasília: Consulex, ano I, n. 03, março 1997, p. 40-42.

HÄBERLE, Perter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1996.

Jornal do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ano V, n. 19, agosto 2000, p. 03.

LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *As garantias dos direitos fundamentais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v. 31, n. 122, mai/jul 1994, p. 41-46.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Cláusulas pétreas ou garantias constitucionais?*. Revista CONSULEX, Brasília: Consulex, ano I, n. 12, dezembro de 1997, p. 48-50.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra

Editora, 1993.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967, tomo IV.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda número 01 de 1969*. Tomo III. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito público brasileiro?*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 88, n. 770, dezembro de 1999, p. 53-92.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

\_\_\_\_\_. *Função social do Estado Contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.



Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2(8):13-386, out./dez. 1991 2(8):13-386, out./dez. 1991.

Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre: Livraria do Advogado, a. 8, n. 28, p. 21-368, 1997

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I/1891 – 1898. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilizações brasileiras, 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortêz, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição. Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n. 131, jul/set 1996, p. 5-30.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

\_\_\_\_\_. (org.) *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHAFER, Jairo Gilberto. *Restrições a direitos fundamentais: análise de um caso concreto – constitucionalidade do exame de ordem dos advogados do Brasil*. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), São Paulo: AJUFE, n. 59, ano 17, out/dez 1998, p. 339-365.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, Clóvis do Couto e. *As Idéias Fundamentais da Constituição de 1891*, Revista de Direito Público, São Paulo: RT, números 55/56, jul/dez 1980, p. 54-66.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TÁCITO, Caio. *A razoabilidade das leis*. Carta Mensal, Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, vol. 42, n. 495, junho 1996, p. 17-25.

VELLOSO, Mario. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. *O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas*. Encarte da Revista In Verbis, Caderno de Estudos, Brasília: Instituto dos Magistrados Brasileiros, n. 10, março de 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

ZAVASKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), São Paulo: AJUFE, n. 43, out/dez 1994, p. 24-36.